

**Das Verhältnis der materiellrechtlichen Voraussetzungen
der Gesellschafterausschließung nach §§ 140, 142 HGB
zu denen der Gesellschaftsauflösung nach § 133 HGB.**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Rechtsanwalt Franz - Josef Rinsche

aus Hamm (Westf.)

1 9 6 3



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Das Verhältnis der materiellrechtlichen Voraussetzungen
der Gesellschafterausschließung nach §§ 140, 142 HGB
zu denen der Gesellschaftsauflösung nach § 133 HGB.**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von



Rechtsanwalt Franz - Josef Rinsche

aus Hamm (Westf.)

1 9 6 3

1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. Lukes
Dekan:	Prof. Dr. Schelsky
Tag der mündlichen Prüfung:	21. Juni 1963

Druck und Einband:

Rudolf Stehle, Düsseldorf, Klosterstr. 114

Meiner Frau

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungen	3
Schrifttumsverzeichnis	5
<u>Ziel und Aufbau der Arbeit.</u>	12
I. <u>Sind grundsätzlich Abweichungen von dem Wortlaut der gesetzlichen Verweisungen in §§ 140, 142 möglich?</u>	16
A) Das Verhältnis von § 140 zu § 133.	16
1) Der Sinn des § 133.	17
2) Der Sinn des § 140.	20
3) Der Sinn der Verweisung in § 140 auf § 133.	21
B) Das Verhältnis von § 142 zu §§ 140, 133.	25
II. <u>Ist die von der h.M. aufgestellte "Rangfolge" der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 gutzuheißen?</u>	28
A) Das Verhältnis von § 140 zu § 133.	28
1) Ergeben sich aus den Folgen der Urteile nach §§ 133, 140 Anhaltspunkte für die Richtigkeit der h.M.?	28
a) Vergleich der Urteilsfolgen nach der gesetzlichen Regelung.	31
aa) Die gesetzlich vorgesehenen Folgen der Gesellschaftsauflösung.	31
bb) Die gesetzlichen Folgen der Gesellschaftsrausschließung.	37
cc) Gegenüberstellung und Ergebnis.	46
b) Vergleich der Urteilsfolgen bei spezieller Folgenregelung durch den Gesellschaftsvertrag.	53
2) Sprechen andere Gesichtspunkte für eine Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung nach § 133 gegenüber der Ausschließung nach § 140?	58

	Seite
a) Die Kläger können bzw. wollen die Gesellschaft nach Ausschluß des Beklagten nicht mehr fortsetzen.	58
b) Beide Parteien haben einen Ausschlussgrund gesetzt.	61
c) Die Rechtslage bei der Liquidationsgesellschaft.	64
B) Das Verhältnis von § 142 zu § 133.	69
C) Das Verhältnis von § 142 zu § 140.	72
III. <u>Besteht die Möglichkeit, eine andere als die von der h.M. geforderte Abstufung der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 vorzunehmen?</u>	75
A) Das Verhältnis von § 140 zu § 133.	75
1) Können die unterschiedlichen Urteilsfolgen der Ausschließung nach § 140 und der Gesellschaftsauflösung nach § 133 im Einzelfall eine Bevorzugung der ersteren Maßnahme rechtfertigen?	76
2) Sind weitere Fälle denkbar, in denen die Gesamtumstände eine Ausschließung nach § 140 rechtfertigen, obwohl die Gesellschaftsauflösung nach § 133 nicht erfolgen könnte?	82
B) Das Verhältnis von § 142 zu § 133.	86
C) Das Verhältnis von § 142 zu § 140.	88
<u>Zusammenfassung und Ergebnis.</u>	90

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am aufgeführten Ort
ADHGB	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (auch Sammlung seiner Entscheidungen in Zivilsachen)
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtssprechung
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindemaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone (auch Sammlung seiner Entscheidungen)
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht (auch Sammlung seiner Entscheidungen in Zivilsachen)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht

Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Die ohne nähere Bezeichnung zitierten §§ sind die des HGB.

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

Systematische Darstellungen:

Capelle	Handelsrecht, 7. Aufl., München u. Berlin 1959
Cosack	Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl., Stuttgart 1930
Eltzbacher, Paul	Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl., Berlin 1925
Endemann	Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. I, Leipzig 1881
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Fiegle	Die Gesellschaft, Stuttgart, München, Hannover 1955
Gareis	Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909
v. Gierke	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
Haupt-Reinhard	Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952
Heilfron	Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, Berlin 1907
Heinsheimer	Handelsrecht, 2. Aufl., Berlin 1927
Heymann	Handelsrecht, 2. Aufl., Berlin 1944
Hueck	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1951 (zitiert: Hueck) Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München und Berlin 1954
Laufke	Die Handelsgesellschaft und das zwingende Recht, Prag 1931
Lehmann	Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1959
Lehmann-Hoeniger	Lehrbuch des Handelsrechts, I. Halbband, 3. Aufl., Berlin u. Leipzig 1921
Locher	Handels-, Wechsel- und Seerecht aus Stammler: Das gesamte Deutsche Recht, Berlin 1931

Möhle, Fritz	Die Personengesellschaft, 2. Aufl., Stuttgart 1956
Müller-Erzbach	Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., Tübingen 1928
Potthoff-Zintzen	Die Gesellschaftsverträge der Personengesellschaften, 2. Aufl., Köln u. Opladen 1953
Rosenberg	Lehrbuch des Deutschen Zivilpro- zeßrechts, 8. Aufl., München u. Berlin 1960 (zitiert: Rosenberg)
Schumann	1) Handelsrecht, Band I (zitiert: Schumann) und Band II, Wiesbaden 1954 2) Gesellschaften, in "Die Han- delshochschule" Band IV, 2. Aufl., 1940
Sudhoff	Der Gesellschaftsvertrag der Per- sonalgesellschaften, München u. Berlin 1959
Thöl	Handelsrecht, 6. Aufl., Leipzig 1879
Westermann	Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
Wieland	Handelsrecht, München u. Leipzig 1921
Würdinger	Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Ham- burg 1937

Kommentare:

Anschütz-Völderndorff	ADHGB, Bd. II, 1. Abt., Erlangen 1870
Bandasch	HGB, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1960
Baumbach-Duden	HGB, 14. Aufl., München und Ber- lin 1961
Baumbach-Lauterbach	ZPO, 26. Aufl., München und Ber- lin 1961
Düringer-Hachenburg	HGB, II. Band, 2. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (zitiert: Dür.-Hach.)
Erman	BGB, 2. Aufl., Münster 1958
Goldmann	HGB, Bd. II, Berlin 1905

Goldschmit	HGB, München 1929
Heun	HGB, 2. Aufl., Berlin u. München 1944
Heymann-Kötter	HGB, 20. Gesamtaufl., Berlin 1950
Kamnitzer	HGB., 4. Aufl., Köln u. Berlin 1956
Koenige	HGB, Bd. I, 4. Aufl., Berlin 1936
Lehmann-Ring	HGB, 2. Aufl., Bd. I, Berlin 1914
Litthauer-Mosse	HGB, 15. Aufl., Berlin 1915
Makower	HGB, Bd. I, 13. Aufl., Berlin 1906
Neufeld-Schwarz	HGB, Bd. I, Berlin 1931
Palandt	BGB, 21. Aufl., München u. Berlin 1962
Reichsgerichtsräte- kommentar	BGB, Bd. II, 2. Teil (§§ 705, 853) 11. Aufl., Berlin 1960
Ritter, Carl	HGB, 2. Aufl., München u. Berlin 1932
Schlegelberger	HGB, Bd. I, 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1960, Bd. II, 3. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1955
Soergel-Siebert	BGB, Bd. I, 9. Aufl., Stuttgart 1959
Staub	HGB, Bd. I, 6. u. 7. Aufl., Berlin 1900
Staub-Pinner	HGB, Bd. I, 14. Aufl., Berlin u. Leipzig 1932
Staudinger	BGB, Bd. I, 11. Aufl., Berlin 1957 und Bd. II, Teil 3, Hälfte 2, 10. Aufl., Berlin u. München 1943
Stein-Jonas	ZPO, Bd. I u. II, 18. Aufl., Tübingen 1953
Warnever-Koppe	HGB, Berlin 1923
Weipert	HGB, Bd. II, (früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichs- gerichts) 2. Aufl., Berlin 1950
Wieczorek	ZPO, Bd. I, Teil 1, u. Bd. II, Teil 1, Berlin 1957
Würdinger	HGB, Bd. I, (früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsge- richts) 2. Aufl., Berlin 1953

Einzeilschriften, Aufsätze und Dissertationen:

- | | |
|---------------------------|---|
| Alexander-Katz | Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer offenen Handelsgesellschaft, in ZHR 70, 91 |
| Amecke-Mönnighof, Norbert | Der Ausschluß eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliches Urteil, Diss. jur., Tübingen 1931 |
| Bach | Anmerkungen zu RG, in JW 36, 3118 |
| Bellwinkel, Carl | Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliche Entscheidung, Diss. jur., Leipzig 1928 |
| Brönner | Die Auseinandersetzung bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der Kommanditgesellschaft, in JR 49, 563 |
| Buchwald | Anmerkungen zu BGH, in NJW 56, 909 |
| Dehler, Rolf | Die Ausschließung von Gesellschaftern aus der offenen Handelsgesellschaft, Diss. jur., Jena 1936 |
| Erman | Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947 |
| Fischer | Die Entziehung der Geschäfts- und Vertretungsbefugnis in der OHG, in NJW 1959, 1057 |
| Ganßmüller | Anmerkungen zu BGH, in NJW 56, 299 und 907 |
| v. Godin | 1) Über den Auseinandersetzungsanspruch des aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters, in JW 36, 3512
2) Ausschließung eines Gesellschafters nach HGB und Entziehung, in NJW 51, 339 |
| Hamel | Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, Bonn 1928 |
| Heins | Betrachtungen zum Recht der OHG, in NJW 48, 252 |

- Höpker-Aschoff Eine Lücke im HGB,
in JZ 1910, 1077
- Katz, Julius Die Geschäftsübernahme im Falle
des § 142 HGB,
Diss. jur., Gießen 1929
- Kleppe Die Anfechtung des Beitritts zu
Personal- und Kapitalgesell-
schaften des Handelsrechts,
Berlin 1936
- Klemm, Walter Die Übernahme des von einer offe-
nen Handelsgesellschaft betriebe-
nen Geschäftes durch einen der
beiden Gesellschafter im Falle
des § 142 HGB,
Diss. jur., Leipzig 1909
- Kobs Austritt aus Personengesellschaf-
ten,
Herne u. Berlin 1959
- Kohler Die Klage auf Zustimmung zum Aus-
schluß eines Gesellschafters
in NJW 51, 5
- Lobedanz Der Einfluß von Willensmängeln
auf Gründungs- und Beitritts-
geschäfte,
Berlin 1938
- Mandelbaum, Ernst Die zweigliedrige offene Handels-
gesellschaft unter besonderer Be-
rücksichtigung des § 142 HGB,
Diss. jur. Greifswald 1919
- Marcus Zur Auslegung des § 133, Abs. 3
HGB im Verhältnis zu §§ 140, 142
HGB,
in "Das Recht" 12, 313
- Müller,
Paul-Hermann-Josef Die Ausschließung von Gesellschaf-
tern bei den Handelsgesellschaften,
Diss. jur., Köln 1935
- Müller, Erzbach Die Erhaltung des Unternehmens,
in ZHR 61, 357 ff.
- Neumann,
Franz Friedrich Die Einheit des Rechtsinstituts
der Auflösung bei der offenen Han-
delsgesellschaft,
Diss. jur., Breslau 1932
- Neuß, Kurt Die Ausschließung von Gesellschaf-
tern, insbesondere bei der offenen
Handelsgesellschaft,
Diss. jur., Köln 1935
- Plaut,
Maximilian Friedrich Der Übergang des Geschäftes einer
offenen Handelsgesellschaft auf
einen ihrer Mitglieder,
Diss. jur., Göttingen 1911

- Reuss Der unbestimmte Rechtsbegriff,
in DVBl 53, 649
- Ritter Über die Ausschließungsklage
der Handelsgesellschafter,
in ZHR 69, 296
- Schmitt Handelsbilanz und Steuerbilanz
der offenen Handelsgesellschaft,
Berlin u. Frankfurt a.M. 1957
- Schubert 1) Berechnung und Verteilung des
Geschäftswerts beim Ausscheiden
eines Gesellschafters,
in JW 28, 595
2) Die rechtliche Stellung des
aus einer offenen Handelsge-
sellschaft ausscheidenden Ge-
sellschafters,
Bonn 1930
- Schumann 1) Faktische Personalgesellschaft
und Feststellungsklage,
in DR 43, 265
2) Die Lebensverhältnisse der
faktischen Personengesellschaft,
in DR 43, 1193
3) Die Geltendmachung von Schadens-
ersatzansprüchen aus pflichtwi-
driger Geschäftsführung bei Per-
sonalgesellschaften,
in DR 42, 1670
- Sieben, Georg Adam Die Abfindung der aus der offenen
Handelsgesellschaft ausscheidenden
Gesellschafters,
Diss. jur., Gießen 1937
- Siebert Gesellschaftsvertragliche Abfin-
dungsklauseln und Pflichtteilsrecht,
in NJW 60, 1033
- Starke, Arthur Offene Handelsgesellschaften, Kom-
manditgesellschaften und stille Ge-
sellschaften von der Errichtung bis
zur Auflösung,
Berlin u. Leipzig 1928
- Steiner Die offene Handelsgesellschaft und
die Kommanditgesellschaft in der
deutschen Wirtschaft,
Tübingen 1950
- Strunz, Walter Die Übernahme des Unternehmens
einer offenen Handelsgesellschaft
im Falle des § 142 HGB,
Diss. jur., Göttingen 1920

Sudhoff	Auseinandersetzungsguthaben und Gesellschaftsvertrag, in NJW 49, 88
Titze	Anmerkungen zu RG, in JW 25, 945
Wimpfheimer	Die Gesellschaften des Handels- rechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, München 1908

Gesetzesmaterialien:

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten
nebst Motiven,
Berlin 1857

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen
deutschen Handelsgesetzbuches,
herausgegeben von J. Lutz, Würzburg 1858

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich,
Bd. II, Berlin u. Leipzig 1888

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und
eines Einführungsgesetzes,
in Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich,
Berlin 1897.

Ziel und Aufbau der Arbeit.

Bei der offenen Handelsgesellschaft bestehen zwei verschiedene Möglichkeiten, einem Gesellschafter durch Klage und gerichtlichen Entscheid die Mitgliedschaft gegen seinen Willen zu entziehen.

Der eine Fall ist in § 133 geregelt. Hiernach kann jeder Gesellschafter klageweise die sofortige Auflösung der OHG begehren, wenn ein "wichtiger Grund" dafür vorliegt.

Die zweite Möglichkeit bietet sich in § 140. Nach dieser Vorschrift kann ein Gesellschafter auf Antrag der anderen OHG-Mitglieder aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein Umstand eintritt, "der nach § 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen."

Bei einer aus nur zwei Gesellschaftern bestehenden OHG wird die Ausschließungsklage des § 140 sinngemäß durch die sog. Übernahmeklage (§ 142) ersetzt. Danach kann das Gericht den liquidationslosen Übergang des Gesellschaftsunternehmens auf den einen Gesellschafter aussprechen, wenn in der Person des anderen Gesellschafters "die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde." - Die Sonderregelung des § 142 ist deshalb erforderlich, weil die in § 140 vorgesehene Ausschließung "aus der Gesellschaft" nur denkbar ist, wenn nach erfolgtem Ausschluß wenigstens noch zwei Gesellschafter übrig bleiben, die das Gesellschaftsverhältnis fortsetzen können. Die Bezeichnung "Gesellschafterausschließung" ist jedoch auch für ein Urteil nach § 142 gerechtfertigt, und zwar deswegen, weil der antragsgemäß verurteilte Gesellschafter von der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen "ausgeschlossen" wird.

Wie sich aus den angegebenen Verweisungen in §§ 140, 142 ergibt, erfordert der Gesetzeswortlaut für ein Ausschließungsurteil nach § 140 bzw. für ein Übernahmeurteil nach § 142 jeweils einen "wichtigen Grund" i.S. des § 133, der jedoch im

Gegensatz zu dem letzteren Fall stets in der Person des auszuschließenden Gesellschafters begründet sein muß. Insofern werden die Voraussetzungen für ein Urteil nach § 140 bzw. § 142 gegenüber denen eines Urteils nach § 133 eingeschränkt. Während nämlich der Klagegrund bei § 133 nicht nur durch den beklagten Gesellschafter, sondern auch durch den Kläger oder auch durch völlig objektive Umstände gesetzt werden kann,¹⁾ ist eine Gesellschafterausschließung nach § 140 bzw. § 142 nur möglich, wenn der "wichtige Grund" im inneren Zusammenhang mit gerade dem auszuschließenden Gesellschafter steht.

Abgesehen von dieser durch Gesetz gegebenen Einschränkung verlangen die Rechtsprechung und die h.L., daß an eine Ausschließung nach § 140 bzw. § 142 noch weitere, erhöhte Anforderungen zu stellen seien als an eine Gesellschaftsauflösung nach § 133. Für ein Urteil nach §§ 140, 142 soll dementsprechend nicht jeder persönliche Auflösungsgrund i.S. des § 133 genügen. Vielmehr müsse man, so fordert die h.M., bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Urteils nach § 140 oder § 142 einen strengeren Maßstab anlegen als im Falle des § 133, so daß jeweils überlegt werden müsse, ob nicht die Gesellschaftsauflösung gemäß § 133 ein billigeres Ergebnis als die Ausschließung des Gesellschafters darstelle.²⁾ Bei der h.M. ist insofern eine gewisse Tendenz zur Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung nach § 133 gegenüber der Gesellschafterausschließung nach §§ 140, 142 festzustellen.

Die herrschende Auffassung beurteilt auch die Voraussetzungen der Entscheidungen nach § 140 und § 142 unterschiedlich. Sie fordert nämlich für ein Übernahmeurteil noch engere Bedingungen in der Person des beklagten Gesellschafters als für ein Ausschlößungsurteil nach § 140.³⁾ Während also nach dem

-
- 1) Vergl. Baumbach-Duden Anm. 3 zu § 133; Schlegelberger Anm. 4 zu § 133.
 - 2) RG 24, 136; 146, 169; in ZAKDR 38, 638; BGH 4, 111; Hueck S. 282; Schlegelberger Anm. 5 zu § 140; Weipert Anm. 8 zu § 140; Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 140; Baumbach-Duden Anm. 2 B zu § 140; Bandasch Anm. 3 zu § 140.
 - 3) Weipert Anm. 5 zu § 142; Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 142; Schlegelberger Anm. 3 zu § 142; Baumbach-Duden Anm. 2 zu § 142; BGH 4, 110.

Gesetzestext die Begriffe

- a) persönlicher Auflösungsgrund i.S. des § 133,
- b) Ausschließungsgrund i.S. des § 140, und
- c) Übernahmegrund i.S. des § 142⁴⁾

schlechthin identisch sind, stellt die h.M. an die Voraussetzungen dieser Klagegründe im Verhältnis von a) zu b) zu c) jeweils steigende Anforderungen. Begründet wird diese Forderung in erster Linie mit dem Hinweis, daß ein Urteil nach § 142 härter als ein solches nach § 140 und dieses wiederum härter als ein Auflösungsurteil nach § 133 für den beklagten Gesellschafter sei.⁵⁾

Im folgenden soll nunmehr untersucht werden, ob die vorstehende Ansicht der h.M. gerechtfertigt ist und inwieweit hier überhaupt Abweichungen von dem (eng ausgelegten) Gesetzestext zu billigen sind. Die vorzunehmende Untersuchung erweist sich deswegen von besonderer Wichtigkeit für die Praxis, weil die Entscheidung über Gesellschafterausschließung oder Gesellschaftsauflösung sehr häufig die gesamte wirtschaftliche Existenz der beteiligten OHG-Mitglieder betrifft.

Soweit allerdings für ein Auflösungsurteil nach § 133 noch andere als in der Person des beklagten Gesellschafters liegenden Gründe in Frage kommen, wie vor allem rein sachliche Umstände, seien diese von der Untersuchung ausgeschlossen, da sie für die Abgrenzung der Voraussetzungen der §§ 140, 142 zu denen des § 133 nicht problematisch werden können. Es kann nämlich nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen, daß außerhalb der Person eines Gesellschafters liegende Umstände nicht die Ausschließung desselben nach §§ 140, 142 begründen können. Hier kann daher nur interessieren, inwieweit die Klagegründe der §§ 140, 142 mit einem in der Person des beklagten Gesellschafters liegenden Auflösungsgrund i.S. des § 133 identisch sind.

4) Die angegebenen Begriffe sind dem Gesetzestext der Einfachheit halber nicht wörtlich, sondern nur sinngemäß entnommen.

5) Vergl. u.a. Baumbach-Duden a.a.O.

Zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen wird es zunächst erforderlich sein, die grundsätzliche Möglichkeit einer Abweichung von den gesetzlichen Verweisungen in §§ 140, 142 zu klären. Bei Bejahung dieser Frage soll dann die von der herrschenden Auffassung geforderte "Rangfolge" der Voraussetzungen der §§ 133, 140, 142 auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden.

Schließlich soll noch untersucht werden, ob in Abweichung vom Gesetzestext und von der h.M. auch eine gegenteilige Abstufung der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 möglich ist.

I. Sind grundsätzlich Abweichungen von dem Wortlaut der gesetzlichen Verweisungen in §§ 140, 142 möglich?

Bei der Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage sei zunächst das Verhältnis des Ausschließungsgrundes i.S. des § 140 zum persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 und sodann das Verhältnis des Übernahmegrundes i.S. des § 142 zu den beiden vorstehenden Klagegründen erörtert.

A) Das Verhältnis von § 140 zu § 133.

Wie schon erwähnt, ist der Ausschließungsgrund i.S. des § 140 nach dem wörtlichen Sinn des Gesetzestextes schlechthin identisch mit einem persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133; denn zur Ausschließung eines Gesellschafters fordert § 140 lediglich einen in der Person des Auszuschließenden liegenden Umstand, "der nach § 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen."

Bei der Auslegung eines Gesetzes ist es jedoch nicht erforderlich und auch nicht immer genügend, eine reine Wortinterpretation vorzunehmen. Vielmehr ist in entsprechender Anwendung des § 133 BGB der objektive Sinn des Gesetzes zu erforschen, wobei regelmäßig die Entstehungsgeschichte und der Zusammenhang mit anderen Vorschriften zu ermitteln sind.⁶⁾ Sofern daher der objektive Sinn der §§ 133, 140 für eine unterschiedliche Beurteilung des Ausschließungsgrundes im Verhältnis zum persönlichen Auflösungsgrund spricht, braucht und darf an dem Wortlaut der Verweisung in § 140 nicht eng gehaftet zu werden. Zur Beantwortung der Frage, ob von dem Wortlaut der gesetzlichen Verweisung in § 140 auf § 133 abgewichen werden kann, ist demnach der Sinn der §§ 133, 140 jeweils für sich und im Verhältnis zueinander klarzustellen.

6) Vergl. RG 139, 112; BGH 2, 184; 3, 84; 13, 30; LM Nr. 3 zu § 133 BGB D 2; Palandt, Einleitung V 2a vor § 1 BGB; Soergel-Siebert, Anm. 34 zu § 133 BGB; Staudinger, Einleitung VII B vor § 1 BGB.

1) Der Sinn des § 133:

Die Vorschrift des § 133 fußt auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß Rechtsverhältnisse von längerer Dauer, welche eine vertrauensvolle Zusammenarbeit der Beteiligten erfordern, aus triftigen Gründen jederzeit aufgelöst werden können. So sehen die meisten der im BGH und HGB aufgeführten Dauervertragsverhältnisse die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung vor, wenn ein sog. "wichtiger Grund" dafür vorliegt; vergl. §§ 626, 671 Abs. 3, 723, 749 Abs. 2 BGB, 70, 77 Abs. 2, 89a HGB. Das entsprechende regelt § 133 für die OHG, bei welcher die engen vertraglichen Bindungen der Gesellschafter im Falle schwerwiegender Störungen des gesellschaftlichen Vertrauensverhältnisses ebenfalls mit sofortiger Wirkung lösbar sein müssen, da sonst eine zu starke Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit eintreten würde.⁷⁾

Im Gegensatz zu den meisten anderen vertraglichen Dauerverhältnissen, insbesondere auch zur Gesellschaft des BGB, kann allerdings bei der OHG die alsbaldige Auflösung des Vertragsverhältnisses trotz Vorhandenseins eines wichtigen Grundes nicht durch bloße Kündigungserklärung gegenüber den anderen Vertragspartnern bewirkt werden. Vielmehr kann nach § 133 der einzelne Gesellschafter die nicht vereinbarte sofortige Auflösung der OHG gegen den Willen der übrigen Gesellschafter⁸⁾ grundsätzlich nur durch Klage und gerichtlichen Entscheid herbeiführen,⁹⁾ wobei die Auflösung der Gesellschaft erst durch das rechtskräftige Urteil zustande kommt.¹⁰⁾

7) Vergl. Hueck S. 238.

8) Durch gemeinsamen Beschluß aller Gesellschafter ist die Auflösung der OHG jederzeit nach § 131 Ziff. 2 möglich.

9) Mit der herrschenden Auffassung ist von diesem Grundsatz jedoch für den Fall eine Ausnahme zu machen, daß das Recht zur (formlosen) fristlosen Kündigung im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde; denn die Gesellschafter können auf die zu ihren Gunsten bestehende Schutzvorschrift des § 133 verzichten; vergl. BGH in NJW 60, 626 und die hier Zitierten.

10) Vergl. unten S. 31.

Das gesetzgeberische Motiv für diese Regelung erklärt sich daraus, daß bei einer im Wirtschaftsleben stehenden Gesellschaft, die in der Regel ein größeres Unternehmen betreibt, eindeutige Klarheit über ihre Existenz erforderlich ist.¹¹⁾ Eine solche Klarheit wäre bei vorhandener Möglichkeit der fristlosen Kündigung nicht gegeben, da die Berechtigung zur Kündigung und damit auch deren Wirksamkeit jederzeit gerichtlich nachgeprüft werden könnte, so daß zwischenzeitlich eine unerträgliche Unsicherheit bei allen Beteiligten bestehen würde. Aus diesem Grunde ist durch das Gesetz die Gestaltungsmöglichkeit für die Lösung vom OHG-Vertrag im Vergleich zu anderen Dauerverträgen erschwert worden.

Dagegen befindet sich § 133 insoweit in Übereinstimmung mit den oben zitierten Vorschriften über fristlose Vertragskündigungen, als für die Lösung vom Vertragsverhältnis ein "wichtiger Grund" gefordert wird, ohne daß dieser Begriff im einzelnen näher definiert wird. Ebenso wie verschiedene andere der genannten Vorschriften¹²⁾ gibt § 133 Abs. 2 zwar einige richtungsweisende Beispiele für das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" an, nämlich hier die vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung einer wesentlichen Gesellschafterverpflichtung sowie die Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Verpflichtung. Der Gesetzgeber hat es jedoch in all den genannten Fällen unterlassen, eine fest umrissene Norm aufzustellen, aus der sich die Voraussetzungen für eine fristlose Lösung vom Verträge ohne weiteres erkennen ließen. Der Zweck dieser unbestimmten Ausdrucksweise ist unschwer zu erkennen. Es soll hier eine Regelung ermöglicht werden, die unter Vermeidung einer gesetzlichen Schablonisierung die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt und dadurch zu einem billigen Ergebnis führt.¹³⁾ Eine abschließende Beurteilung, ob ein wichtiger Grund" zur sofortigen Lösung des

11) Vergl. die Denkschrift S. 98.

12) Vergl. §§ 723 BGB, 70, 71, 72, 77 Abs. 2 und 3 HGB.

13) Vergl. die Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, Recht der Schuldverhältnisse (amtliche Ausgabe), S. 469 und S. 619.

vertragsverhältnisses vorliegt, kann daher immer nur unter umfassender Würdigung aller jeweiligen Umstände des konkreten Falles erfolgen.¹⁴⁾ Dabei sind nicht nur die Natur des vorliegenden Vertragsverhältnisses, sondern vor allem auch die für die beteiligten Personen eventuell erwachsenden Folgen der alsbaldigen Vertragslösung in Betracht zu ziehen.¹⁵⁾

Alle diese Erwägungen muß auch der Richter, der über eine Auflösungsklage nach § 133 zu befinden hat, anstellen. Er hat bei seiner Entscheidung über das Vorliegen eines wichtigen Grundes demnach nicht nur einen einzelnen Vorgang, sondern das gesamte Gesellschaftsleben zu berücksichtigen. Soweit der Gesetzgeber in § 133 Abs. 2 Beispiele für einen wichtigen Grund auführt, stellen diese für den Richter keine eindeutige Bindung dar. Die Beispiele betreffen nämlich nur die Verletzung bzw. die Unmöglichkeit der Erfüllung einer "wesentlichen" Gesellschafterverpflichtung. Ob eine Gesellschafterverpflichtung "wesentlich" ist, läßt sich aber nicht für alle Gesellschaften einheitlich beantworten. Vielmehr läßt sich diese Frage nur unter Berücksichtigung der im Einzelfall gegebenen Umstände klären, so daß deren Würdigung auch hier unumgänglich ist.

In erster Linie hat der Richter seine Entscheidung entsprechend dem gesetzgeberischen Motiv nach dem Grundsatz der Billigkeit zu treffen. Nach einer allgemein anerkannten Formel hat er das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S. des § 133 dann zu bejahen, wenn dem Kläger die Fortsetzung der OHG bei Berücksichtigung aller Besonderheiten des konkreten Falles nach Treu und Glauben nicht länger zugemutet werden kann.¹⁶⁾ Als Auflösungsgründe kommen demnach in erster Linie

14) Vergl. RGR-Kommentar Anm. 17 zu § 723 BGB, Staudinger Anm. 19 zu § 620 BGB und Anm. 27 zu § 723 BGB, Würdinger Anm. 8 zu § 70 HGB; Weipert Anm. 5 zu § 133, Schlegelberger Anm. 3 zu § 133.

15) Staudinger Anm. 20 zu § 626 BGB; RGR-Kommentar Anm. 3 zu § 626 BGB; Würdinger Anm. 8 zu § 70 HGB; Hueck S. 240.

16) RG 105, 376; Hueck S. 239; Schlegelberger Anm. 3 zu § 133, Weipert Anm. 5 zu § 133; Raumbach-Duden Anm. 3 zu § 133.

schwerwiegende Störungen des gesellschaftlichen Vertrauensverhältnisses in Frage, wie z.B. Unredlichkeiten in der Geschäftsführung oder die Verletzung der Beitragspflicht bzw. des Wettbewerbsverbots. Gleichwohl braucht der Auflösungsgrund nicht notwendig in einem Verschulden der beklagten Gesellschafter zu bestehen. Vielmehr können auch unverschuldete und rein sachliche Umstände genügen, z.B. Krankheit und Arbeitsunfähigkeit eines Gesellschafters oder auch Kriegsausbruch und andere äußere Ereignisse.

Stets aber hat der Richter die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Dabei muß er vor allem die schwerwiegenden Folgen der Gesellschaftsauflösung in Betracht ziehen. Als solche kommen regelmäßig die Liquidation der OHG und des Geschäftsunternehmens (§§ 145 ff.) in Frage, durch welche den Beteiligten nicht selten die gesamte wirtschaftliche Existenz genommen wird. Sofern sich hiernach die Gesellschaftsauflösung in Anbetracht der Gesamtumstände als eine für den Beklagten unzumutbare Härte erweisen würde, muß der Richter das Vorliegen eines wichtigen Grundes verneinen und demnach die Klage abweisen.¹⁷⁾

Das gleiche hat zu geschehen, wenn eine weniger einschneidende Maßnahme, wie z.B. die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (§§ 117, 127), zur Behebung der vorhandenen Beeinträchtigung ausreichen würde. Hier stellt nämlich das Auflösungsbegehren einen unzulässigen Rechtsmißbrauch dar, da das einfachere Mittel gleichfalls zum Erfolge führen könnte.¹⁸⁾ In der Regel ist daher die Auflösungsklage nach § 133 nur als letzter Notbehelf anzusehen.

2) Der Sinn des § 140:

Der Gesetzgeber ist bei der Regelung des OHG-Rechts davon ausgegangen, daß der Fortbestand der Gesellschaft "tunlichst" gesichert werden solle.¹⁹⁾ Zur Vermeidung der Gesellschaftsauflösung und Liquidation des Unternehmens ist daher einerseits

17) Vergl. Hueck S. 240.

18) Vergl. Baumbach-Duden Anm. 2 zu § 133.

19) Denkschrift S. 100.

den Gesellschaftern weitgehend Spielraum für vorbeugende Vertragsbestimmungen eingeräumt worden.²⁰⁾ Andererseits ist aber auch im Gesetz selbst Vorsorge getroffen worden, um eine lebensfähige Gesellschaft möglichst aufrechterhalten zu können.²¹⁾

Soweit eine Auflösung der OHG durch gerichtlichen Entscheid gemäß § 133 erfolgen kann, beruht dies manchmal auf Gründen, die in der Person eines einzelnen Gesellschafters liegen. Durch die Auflösung und Liquidierung der OHG und des Unternehmens würden jedoch auch die übrigen Gesellschafter nicht selten ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage verlieren. Damit dieses Ergebnis verhindert werden kann, gewährt § 140 die Möglichkeit, daß das Gericht an Stelle der Gesellschaftsauflösung die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters ausspricht, in dessen Person der "wichtige Grund" eingetreten ist. Voraussetzung dafür ist, daß alle übrigen Gesellschafter einen entsprechenden Antrag stellen.

Ebenso wie die Gesellschaftsauflösung nach § 133 kann auch die Ausschließung eines Gesellschafters nach § 140 nur durch Klage und gerichtlichen Entscheid herbeigeführt werden. Dieses Form-erfordernis ist wiederum aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu verstehen. Der Auszuschließende und die übrigen Gesellschafter sowie auch die Geschäftspartner der OHG dürfen nämlich über die Inhaberschaft eines im Wirtschaftsleben stehenden Unternehmers nicht im Unklaren sein.

3) Der Sinn der Verweisung in § 140 auf § 133:

Als Klagegrund für eine Gesellschafterausschließung erfordert der Wortlaut des § 140 einen in der Person des Beklagten liegenden Auflösungsgrund i.S. des § 133. Die Verweisung auf die Vorschrift des § 133 ist zunächst wohl deswegen erfolgt, weil

20) Vergl. § 138.

21) Vergl. §§ 138 - 142.

der Gesetzgeber in § 140 gewissermaßen einen Ersatz für die Gesellschaftsauflösung schaffen wollte, wenn diese nur wegen eines einzelnen Gesellschafters erforderlich werden würde.²²⁾ Der Gesetzgeber hat mit der Verweisung aber gleichzeitig zu erkennen gegeben, daß zwischen dem Klagegrund i.S. des § 140 und einem persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 zumindest eine gewisse Verhältnismäßigkeit besteht. Es kann insoweit auch keinem Zweifel unterliegen, daß die in § 133 Abs. 2 aufgeführten, richtungsweisenden Beispiele ebenfalls für § 140 zu gelten haben. Hiernach kann also ein Gesellschafter "insbesondere" dann aus der OHG ausgeschlossen werden, wenn er eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn ihm die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Ein Verschulden des beklagten Gesellschafters ist für ein Urteil nach § 140 ebensowenig erforderlich wie für ein Urteil nach § 133. Vielmehr können für die Ausschließung auch schuldlos gesetzte Gründe in der Person des Auszuschließenden genügen, wie z.B. Krankheit oder Vermögenszerfall.²³⁾ Für die übrigen Gesellschafter muß eben die Fortsetzung der OHG mit gerade dem beklagten Gesellschafter nach Treu und Glauben unzumutbar sein. Dies alles weist auf die Ähnlichkeit der Klagegründe aus §§ 133, 140 hin.

Für eine gewisse Verhältnismäßigkeit der Voraussetzungen eines Ausschließungsgrundes und eines persönlichen Auflösungsgrundes spricht ferner, daß sowohl die Maßnahme des § 133 als auch die des § 140 von sehr einschneidender Bedeutung für den verurteilten Gesellschafter sind. In jedem Fall verliert derselbe nämlich im Endergebnis die Mitgliedschaft in der OHG und die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Man wird daher beide Maßnahmen als letzten Notbehelf anzusehen haben, die jeweils nur dann angewandt werden dürfen, wenn eine weniger einschneidende Maßnahme, wie z.B. ein Vorgehen nach §§ 117, 127 den eingetretenen Übelstand nicht beseitigen kann.

22) Vergl. die Denkschrift S. 100.

23) Weipert Anm. 5 zu § 140.

Trotz der nach dem Vorhergesagten anzunehmenden Ähnlichkeit zwischen den Voraussetzungen eines Ausschließungsgrundes und denen eines persönlichen Auflösungsgrundes fragt es sich aber, ob man die genannten Klagegründe wegen der gesetzlichen Verweisung in § 140 als schlechthin identisch anzusehen hat. Bedenken gegen eine solche Annahme bestehen vor allem deswegen, weil das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S. des § 133 stets von den Umständen des Einzelfalles abhängt, wobei auch das Klageziel und die Folgen des ergehenden Urteils gebührend zu berücksichtigen sind.²⁴⁾ Die Klageziele und die Urteilsfolgen sind aber in den Fällen der §§ 133, 140 grundsätzlich verschieden. Die Klage aus § 133 zielt auf Gesellschaftsauflösung, die Klage aus § 140 dagegen auf Ausschluß des Beklagten unter Erhaltung der Gesellschaft.

Im Falle eines Auflösungsurteils bleiben alle Gesellschafter - gleich ob Kläger oder Beklagte - am Gesellschaftsvermögen dinglich berechtigt und erfahren eine im wesentlichen gleiche Behandlung (§§ 145 ff.). Dagegen verliert bei einem Ausschließungsurteil der verurteilte Gesellschafter seine Beteiligung am ehemals gemeinschaftlichen Vermögen und kann nur eine Abfindung in Geld fordern, während das Eigentum am Gesellschaftsvermögen den übrigen allein zusteht (§ 738 BGB).

Wenn man nunmehr den Klagegrund i.S. des § 140 in allen Einzelheiten einem persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 gleichsetzen wollte, so müßte der Richter bei einer Ausschließungsklage prüfen, ob die auf Seiten des Beklagten festgestellten Umstände die Auflösung der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Gesamtumstände rechtfertigen würden. In diesem Rahmen hätte er jedoch, wie dargelegt, nicht die Folgen der beantragten Gesellschafterausschließung, sondern nur die einer hier gar nicht interessierenden Gesellschaftsauflösung zu berücksichtigen. Er müßte also prüfen, ob dem beklagten Gesellschafter die Auflösung und Liquidierung der OHG und des Geschäftsunternehmens nach Treu und Glauben zugemutet werden

24) Vergl. oben S. 19.

könnte, obwohl diese Folgen für den Gesellschafter bei einem Ausschlussurteil gar nicht in Frage kämen.²⁵⁾ Daß ein derartiges Vorgehen geradezu unsinnig wäre, bedarf wohl keiner weiteren Begründung.

Bei der Prüfung des Ausschlussgrundes ist vielmehr davon auszugehen, daß die Klage aus § 140 gegenüber § 133 eine selbständige Maßnahme darstellt. Das wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Ausschlussklage nach dem gesetzgeberischen Motiv nur als Umgehung der Auflösungsklage in bestimmten Fällen gedacht war. Die speziellen Eigenarten der Ausschlussklage gegenüber der Auflösungsklage müssen folglich bei der erforderlichen Prüfung der Gesamtumstände berücksichtigt werden. Dementsprechend hat der Richter bei der Würdigung, ob ein Ausschlussgrund i.S. des § 140 gegeben ist, nicht die Folgen eines Urteils aus § 133, sondern nur die eines Ausschlussurteils nach § 140 in Betracht zu ziehen. Ob und in welcher Weise die Berücksichtigung dieser Umstände zu einer abweichenden Beurteilung der Klagegründe aus §§ 133, 140 führt, sei der späteren Untersuchung vorbehalten. Zur Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage genügt zunächst die Feststellung, daß der Gesetzeswortlaut des § 140 nicht zu einer schematischen Gleichstellung des Ausschlussgrundes mit einem persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 zwingt. Wenngleich eine gewisse Verhältnismäßigkeit zwischen diesen beiden Begriffen zu wahren ist, so ist eine unterschiedliche Beurteilung derselben doch insoweit möglich und erforderlich, als die verschiedenen Klageziele und Urteilsfolgen der §§ 133, 140 es billig erscheinen lassen.

25) Über die unterschiedlichen Folgen, welche die Urteile aus §§ 133 und 140 für den Beklagten mit sich bringen, vergl. im einzelnen unten S. 31 ff. und S. 37 ff.

B) Das Verhältnis von § 142 zu §§ 140, 133.

Der Klagegrund aus § 142 ist nach dem eng ausgelegten Gesetzeswortlaut identisch mit einem Ausschließungsgrund i.S. des § 140 bzw. mit einem persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133; denn § 142 verweist bezüglich seiner Voraussetzungen auf § 140, welcher wieder auf § 133 Bezug nimmt. Zur Beantwortung der Frage, ob von dieser gesetzlichen Verweisung u.U. abgewichen werden kann, ist aus den oben dargelegten Gründen zunächst der objektive Sinn des Gesetzes zu erforschen.

§ 142 hat den Sinn, einen Ersatz für die Ausschließungsklage zu schaffen, wenn eine OHG aus nur zwei Gesellschaftern besteht. Wie eingangs schon erwähnt, ist die Ausschließungsklage des § 140 nämlich nur statthaft, wenn drei oder mehr Gesellschafter vorhanden sind, so daß nach erfolgtem Ausschluß des Beklagten wenigstens noch zwei Gesellschafter übrig bleiben, welche die Gesellschaft fortsetzen können.

Auch bei der zweigliedrigen OHG besteht aber ein Interesse an der Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens, das durch die Möglichkeit der Auflösung nach § 133 nicht geschützt wird; denn durch die Gesellschaftsauflösung gerät das Unternehmen regelmäßig in Liquidation. Demzufolge wurde bei der Schaffung des HGB die nur für größere Gesellschaften geltende Norm des § 140 durch § 142 praktisch auf die zweigliedrige OHG ausgedehnt.²⁶⁾

Allerdings bleibt bei einem Urteil nach § 142 nicht die Rechtsform einer OHG bestehen, wie es bei einem Ausschließungsurteil stets der Fall ist. Eine Ein-Mann-"Gesellschaft" ist rechtlich nämlich undenkbar. In beiden Fällen wird jedoch dem

26) Im alten AD HGB war eine dem § 142 entsprechende Vorschrift nicht enthalten. Dieser Mangel machte sich in der Praxis sehr bemerkbar, da die Rechtsprechung auch eine analoge Anwendung des mit § 140 inhaltlich übereinstimmenden Art. 128 AD HGB auf die zweigliedrige OHG nicht zuließ. Die bestehende Gesetzeslücke wurde daher bei der Verabschiedung des neuen HGB ausgefüllt. (Vergl. die Denkschrift S. 102)

ungeeigneten Gesellschafter die Beteiligung am Geschäftsbetrieb genommen, während der bzw. die obsiegenden Kläger das ungeteilte Unternehmen zugesprochen erhalten. Somit unterscheiden sich die für die Beteiligten wesentlichen Urteilsfolgen der §§ 140, 142 in gleicher Weise von denen der Gesellschaftsauflösung nach § 133, welche regelmäßig zur Liquidierung der OHG und des Gesellschaftsunternehmens führt.

Aufgrund dieser Tatsache kann für das Verhältnis des Übernahmegrundes i.S. des § 142 zum persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 weitgehend auf die im vorhergehenden Abschnitt befindlichen Ausführungen verwiesen werden. Wie dort bereits dargelegt, rechtfertigen nämlich die verschiedenen Klageziele und Urteilsfolgen der §§ 133, 140 die Annahme, daß der Ausschließungsgrund i.S. des § 140 nicht stets mit einem persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 identisch zu sein braucht. Das Entsprechende hat folglich auch für das Verhältnis der Klagegründe der § 142, 133 zueinander zu gelten.

Zwar muß auch hier davon ausgegangen werden, daß eine gewisse Verhältnismäßigkeit zwischen den beiden Klagegründen besteht. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut der gesetzlichen Verweisung in §§ 140, 142; zum anderen auch daraus, daß sowohl die Geschäftsübernahme nach § 142 als auch die Gesellschaftsauflösung nach § 133 von sehr einschneidender Bedeutung für den betroffenen Gesellschafter sind.²⁷⁾ Gleichwohl ergeben die unterschiedlichen Klageziele und Urteilsfolgen der §§ 133, 142, welche im Rahmen der Prüfung des "wichtigen Grundes" zu berücksichtigen sind, daß eine Abweichung von der gesetzlichen Verweisung in §§ 140, 142 insoweit statthaft und angebracht ist, als die Billigkeit dies erfordert. Auch hier braucht also der Gesetzeswortlaut nicht schematisch verstanden zu werden, so daß die Anforderungen, die an einen Übernahmegrund und an einen persönlichen Auflösungsgrund zu stellen sind, nicht stets übereinstimmen müssen.

27) Vergl. oben S. 22.

Es fragt sich hingegen, ob der Übernahmegrund in allen Punkten mit einem Ausschließungsgrund i.S. des § 140 identisch ist. Das wäre deswegen möglich, weil die wirtschaftlichen Folgen der Urteile aus §§ 140 und 142 im wesentlichen die gleichen sind, so daß sich hieraus - anders als im Verhältnis von §§ 140, 142 zu § 133 - keine besonderen Anhaltspunkte für eine Abweichung von der gesetzlichen Verweisung ergeben. Bei der Prüfung des wichtigen Grundes sind jedoch, wie ausgeführt, sämtliche Umstände des konkreten Falles gebührend zu berücksichtigen, um dadurch zu einem gerechten Urteil zu gelangen. Sofern hiernach die verschiedenartige Struktur einer zweigliedrigen und einer größeren OHG für die Frage einer billig erscheinenden Entscheidung nach §§ 140, 142 von Bedeutung sein kann, muß dieser Umstand auch zu einer unterschiedlichen Wertung des wichtigen Grundes in beiden Fällen führen können. Ob und in welchem Maße die Verschiedenartigkeit einer zweigliedrigen und einer größeren OHG zu einer unterschiedlichen Beurteilung der Klagegründe aus §§ 140, 142 zwingt, sei wiederum der späteren Untersuchung vorbehalten.

Hier kann jedenfalls sogleich festgestellt werden, daß der Gesetzeswortlaut weder eine schematische Gleichstellung des Übernahmegrundes mit einem persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 noch eine Gleichstellung des ersteren mit einem Ausschließungsgrund i.S. des § 140 erfordert; denn in allen drei Fällen sind die nach dem Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigenden Gesamtumstände verschieden gelagert.

Zusammengefaßt können daher die genannten Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 trotz des für eine völlige Identität sprechenden Gesetzeswortlauts insoweit unterschiedlich beurteilt werden, als die Billigkeit dies erfordert und dabei eine gewisse Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt.

II. Ist die von der h.M. aufgestellte "Rangfolge" der
Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 gutzuheißen?

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 grundsätzlich bejaht worden ist, soll nunmehr die von der h.M. geforderte Rangordnung der drei Klagegründe auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden. Hier sei zunächst wieder das Verhältnis des Ausschließungsgrundes i.S. des § 140 zum persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 klargestellt.

A) Das Verhältnis von § 140 zu § 133.

1) Ergeben sich aus den Folgen der Urteile nach §§ 133, 140
Anhaltspunkte für die Richtigkeit der h.M.?

Die höheren Anforderungen, welche die h.M. an die Voraussetzungen eines Urteils nach § 140 im Verhältnis zu denen eines Urteils nach § 133 stellt, werden in erster Linie mit den Folgen dieser Urteile begründet.

Dazu wird zunächst geltend gemacht, der aus § 140 verurteilte Gesellschafter werde gegenüber den in der OHG verbleibenden Gesellschaftern regelmäßig wirtschaftlich benachteiligt. Aus diesem Grunde müsse bei einer Klage aus § 140 stets geprüft werden, ob nicht die Gesellschaftsauflösung nach § 133, welche die Gleichbehandlung aller Gesellschafter gewährleiste, ein billigeres Ergebnis darstelle.²⁸⁾

Die vorstehende Argumentation erweist sich jedoch für die hier zu treffende Abgrenzung von vornherein als nicht stichhaltig. Unterstellt man einmal als richtig, daß der nach § 140 ausgeschlossene Gesellschafter in der Regel wirtschaftlich schlechter gestellt werde als die in der OHG verbleibenden Kläger,²⁹⁾

28) RG 146, 169; Hueck S. 282; Schlegelberger Anm. 5 zu § 140; Baumbach-Duden Anm. 2 B. zu § 140.

29) Diese Annahme erscheint insofern zweifelhaft, als der Ausgeschlossene nach der gesetzlichen Folgenregelung (§ 738 BGB) vollen Wertersatz für seine Geschäftsbe-
teiligung erhält. (Vergl. unten S. 37 ff.).
Die gesetzliche Regelung wird allerdings häufig durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert. (Vergl. unten S. 53).

so kann aus diesem Umstand dennoch nicht gefolgert werden, daß eine Gesellschaftsauflösung für den beklagten Gesellschafter billiger als ein Ausschliefungsurteil sei. Bei der vorzunehmenden Prüfung ist davon auszugehen, daß sich in dem konkreten Fall entweder eine Ausschliefung nach § 140 oder aber eine Gesellschaftsauflösung nach § 133 als notwendig erweist, um die vorhandenen Störungen zu beseitigen. Kann eine weniger einschneidende Maßnahme - wie z.B. ein Vorgehen aus §§ 117, 127 - zum Ziel führen, so kommt weder ein Auflösungs- noch ein Ausschliefungsurteil in Betracht.³⁰⁾ Die Frage lautet also nur, welcher der beiden Alternativen - § 140 oder § 133 - der Vorzug zu geben ist. In diesem Rahmen kann die angebliche Schlechterstellung des auszuschließenden Gesellschafters aber nicht im Vergleich zur Situation der übrigen Gesellschafter, sondern nur im Vergleich zu seiner eigenen Situation im Falle der Gesellschaftsauflösung berücksichtigt werden. Es darf also bei der Abwägung, ob ein Gesellschafter auszuschließen ist oder ob nicht die Gesellschaftsauflösung ein billigeres Ergebnis darstellen würde, nicht gefragt werden: "Würde der Gesellschafter bei einem Ausschluß schlechter gestellt sein als die in der OHG verbleibenden Mitgesellschafter?", sondern es ist zu fragen: "Würde der Gesellschafter bei seiner Ausschliefung schlechter gestellt sein als im Falle der Auflösung der OHG?".

Nur diese Relation kann bei der zu treffenden Billigkeitsentscheidung von Bedeutung sein; denn den Beklagten darf nur seine eigene Vermögensstellung, nicht aber eine evtl. Besserstellung anderer Personen interessieren. Es mag zwar zutreffen, daß sich ein aus § 140 verklagter Gesellschafter evtl. von dem Gedanken leiten lassen wird, daß, wenn er schon selbst nicht mehr am Unternehmen beteiligt sein kann, auch seine Kontrahenten dieses nicht mehr betreiben sollen, so daß er allein aus diesem Grunde ein Urteil aus § 133 vorziehen würde. Ein derartiger Beweggrund, der sich letztlich nur aus

30) Vergl. oben S. 20 u. 22

der Mißgunst des betroffenen Gesellschafters herleiten läßt, darf für die richterliche Entscheidung aber nicht ausschlaggebend sein. Zwar sind bei der Prüfung des wichtigen Grundes sämtliche Einzelumstände zu berücksichtigen.³¹⁾ Die Würdigung der Gesamtumstände kann jedoch nur vom Standpunkt des objektiven Richters und nicht aus der Perspektive der neidischen Partei erfolgen. Wollte man nämlich die unlauteren Motive des Beklagten bei der hier erforderlichen Abwägung zu seinen Gunsten werten, so verstieße dies gegen den das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben.

Maßgebend für die Frage, ob sich wegen der Folgen der Gesellschaftsauflösung nach § 133 und der der Ausschließung nach § 140 eine Bevorzugung der ersteren Maßnahme rechtfertigen läßt, kann demnach nur ein nach objektiven Wertmaßstäben anzustellender Vergleich der Urteilsfolgen sein. Soweit diese Folgen nicht mit Sicherheit vorauszubestimmen sind, kann bei der zu treffenden Abwägung allein das lebensnächste und wahrscheinlichste Ergebnis berücksichtigt werden; denn eine unwahrscheinliche künftige Entwicklung darf zur Stützung dieser Billigkeitsentscheidung nicht herangezogen werden.

Bei der Ermittlung der voraussichtlichen Urteilsfolgen ist jedoch zu beachten, daß im Gesellschaftsvertrag, wie noch näher auszuführen sein wird, eine vom Gesetz abweichende Folgenregelung getroffen sein kann. Derartige abweichende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag sind bei der Gegenüberstellung der beiderseitigen Urteilsfolgen aus §§ 133, 140 entsprechend zu berücksichtigen. Es ist also immer auf die konkrete Situation abzustellen und zu prüfen, welche Folgen im Falle eines Urteils aus § 140 oder § 133 gerade hier für die Gesellschafter erwartet werden können.

Nachstehend sei zunächst untersucht, zu welchem Ergebnis eine Gegenüberstellung der Urteilsfolgen aus § 133 und § 140 bei Zugrundelegung der gesetzlichen Vorschriften, d.h. also, bei Nichtvorhandensein von abweichenden Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag, führt.

31) Vergl. oben S. 19.

a) Vergleich der Urteilsfolgen nach der gesetzlichen Regelung.

Die gesetzlichen Folgen der Urteile aus §§ 133, 140 seien hier getrennt dargestellt und sodann miteinander verglichen. Die Darstellung der Urteilsfolgen wird jedoch auf die Tatsachen beschränkt werden, die für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung sein können.

aa) Die gesetzlich vorgesehenen Folgen der Gesellschafts-
auflösung.

Durch das antragsgemäß ergehende Urteil nach § 133 wird die OHG aufgelöst. Die Auflösung der Gesellschaft wird also nicht etwa nur festgestellt, sondern das Urteil bewirkt die Auflösung erst, d.h. es wirkt rechtsgestaltend.³²⁾ Diese konstitutive Wirkung des Auflösungsurteils ergibt sich einwandfrei aus dem Wortlaut des § 133, wonach die Auflösung "durch gerichtliche Entscheidung" auszusprechen ist.³³⁾

Die Auflösung der OHG kann die bislang zwischen den Gesellschaftern vorhanden gewesenen Beziehungen in der Regel aber nicht mit einem Male beseitigen. Zu beachten ist, daß ein gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist und daß insbesondere auch gemeinsame Forderungen und Schulden bestehen. Die Regelung dieser Vermögensverhältnisse bedarf einer besonderen Auseinandersetzung der Gesellschafter, die sich im Normalfall über einen längeren Zeitraum erstreckt. Es ist daher zu unterscheiden zwischen der Auflösung als dem Beginn dieser Auseinandersetzung und der Vollbeendigung als dem Abschluß derselben.³⁴⁾

32) Vergl. Schlegelberger Anm. 24 zu § 133, Hueck S. 242; Baumbach-Duden Anm. 2 B zu § 133.

33) Im alten AD HGB war demgegenüber der Gesetzeswortlaut bezüglich dieser Wirkung des Urteils unklar gefaßt (Art. 125 AD HGB). Nach damals herrschender Auffassung konnte das Gericht die Auflösung der OHG nur deklaratorisch feststellen. (Vergl. ROHG 12, 98).

34) Hueck S. 217.

Mangels besonderer Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag ist die aufgelöste OHG gemäß §§ 145 ff. von den bisherigen Gesellschaftern zu liquidieren. Zufolge eines nachträglichen Überkommens können auch andere Personen oder nur ein Teil der ehemaligen Gesellschafter die Liquidationsgeschäfte wahrzunehmen haben. Die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren kann auf Antrag eines Beteiligten ferner durch das Gericht erfolgen, soweit wichtige Gründe für eine solche Maßnahme ersichtlich sind (§§ 146, 147).³⁵⁾ Derartige Gründe können z.B. gegeben sein, wenn die ehemaligen Gesellschafter zu keiner Einigung kommen können, was gerade bei einer gemäß § 133 aufgelösten OHG leicht der Fall sein wird. Die vom Gericht eingesetzten Liquidatoren haben, soweit sie nicht Gesellschafter sind, Anspruch auf eine angemessene Vergütung.³⁶⁾

Die Aufgabe der Liquidatoren besteht darin, "die laufenden Geschäfte zu beenden, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen" (§ 149 S. 1). Dabei können sie zu Beendigung schwebender Geschäfte auch neue Geschäfte eingehen. Zu Beginn ihrer Tätigkeit haben die Liquidatoren eine Liquidationseröffnungsbilanz aufzustellen (§ 154). In dieser Bilanz sind die einzelnen Vermögensgegenstände mit ihrem voraussichtlichen Verkaufserlös einzusetzen.³⁷⁾

Sobald sämtliche Liquidationsgeschäfte abgewickelt sind, haben die Liquidatoren das restliche Barvermögen an die Gesellschafter zu verteilen. Als Verteilungsmaßstab gilt das Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich aus einer aufzustellenden Schlußbilanz ergeben (§§ 154, 155 Abs. 1).

35) Zuständig für die Maßnahmen nach §§ 146, 147 HGB ist das Registergericht. (Vergl. §§ 145, 146 FGG).

36) Anspruchsgrundlage für die Vergütung ist ein Dienstvertrag (§ 675 BGB), der durch die gerichtliche Bestellung und die Annahme des Amtes zwischen den Liquidatoren und der Gesellschaft zustande kommt. (Vergl. RG in LZ 13, 212).

37) Schumann S. 270.

Da das gesamte Gesellschaftsvermögen von den Liquidatoren grundsätzlich ohne Einschränkung zu versilbern ist, gehen durch die Liquidation in der Regel beträchtliche Werte verloren. Das ergibt sich daraus, daß die ungreifbaren Geschäftswerte, wie der Ruf des Unternehmens, die Betriebsorganisation, der Kundenstamm und die Geschäftserfahrungen, nicht in Geld umgesetzt werden können und daß die in einem Unternehmen normalerweise steckenden Gewinnchancen nicht mehr ausgenützt werden können. Weitere Vermögenseinbußen werden fast immer dadurch entstehen, daß sich einzelne Gegenstände, wie z.B. eingebaute oder nur für den vorhandenen Betrieb brauchbare Maschinen, nur weit unter ihrem wahren Wert verkaufen lassen. Im übrigen wird auch die Durchführung des Liquidationsverfahrens besondere Unkosten bereiten, wie z.B. die Vergütung der eingesetzten Liquidatoren.³⁸⁾

Es ist allerdings auch möglich, daß das Unternehmen einschließlich seiner Firma als Ganzes im Rahmen des Liquidationsverfahrens veräußert wird, sei es an einen Dritten oder an den meistbietenden Gesellschafter.³⁹⁾ Bei Fortführung der Firma würden dann der Ruf des Unternehmens und die anderen inneren Geschäftswerte wenigstens teilweise erhalten bleiben. Zu beachten ist jedoch, daß zur Fortführung der Firma nach § 22 die ausdrückliche Einwilligung aller ehemaligen Gesellschafter erforderlich ist. Die evtl. Abberufung eines Gesellschafters als Liquidator gemäß § 147 macht die Einwilligung zur Firmenfortführung nicht überflüssig.⁴⁰⁾ Ob nach erfolgter Auflösungsklage aber das erforderliche Einvernehmen unter den ehemaligen Prozeßgegnern erzielt werden kann, wird in der Praxis oftmals fraglich erscheinen. Man vergegenwärtige sich, daß dem Auflösungsurteil ein meist erbitterter Rechtsstreit voranging, daß ferner dieser Rechtsstreit nur dadurch ausgelöst werden konnte, daß sich eine Partei trotz Vorliegens

38) Schumann S. 268; Hueck S. 225.

39) h.M.; vergl. RG 85, 397; Hueck S. 332; Düringer-Hachenburg Anm. 12 zu § 149.

40) OGH 3, 210; Staub-Pinner Anm. 7 zu § 22.

wichtiger Gründe, d.h. in der Regel unvernünftigerweise, der Gesellschaftsauflösung widersetzt hat, wobei zusätzlich häufig Verfehlungen einer oder beider Parteien vorgekommen sind. Bei einer derartigen Sachlage ist es nicht unwahrscheinlich, daß die zumeist verfeindeten Parteien jede mögliche Übereinstimmung aus persönlichen Ressentiments verhindern werden. Regelmäßig wird sich vor allem die eine Partei der Übernahme des gesamten Unternehmens durch die andere Partei widersetzen, um dieser nicht die Früchte des ehemals gemeinschaftlichen Betriebes zu überlassen. Am leichtesten wird man noch der Veräußerung des Unternehmens an einen unbefangenen Dritten zustimmen. Hierbei ist aber wieder zu berücksichtigen, daß die persönlichen Beziehungen zur Kundschaft und zu den Lieferanten sowie auch die speziellen Geschäftserfahrungen nicht mitveräußert werden können. Da zudem der Zwang zum Verkauf preisdrückend wirkt,⁴¹⁾ wird auch hier der Veräußerungserlös immer niedriger sein als der wahre Wert des lebenden Gesellschaftsunternehmens.

Nach alledem wird in den meisten Fällen die auf den einzelnen Gesellschafter entfallende Liquidationsquote erheblich geringer sein als der wahre Wert seiner Geschäftsbeteiligung. Auflösung und Liquidation einer OHG bringen daher für alle beteiligten Gesellschafter fast immer schwere wirtschaftliche Nachteile mit sich.

Die Gesellschafter können zwar nach erfolgter Gesellschaftslösung an Stelle der Liquidation eine andere Regelung für die Auseinandersetzung vereinbaren (§ 154). Vereinbart werden kann z.B., daß das gemeinschaftliche Vermögen in zweckmäßiger Weise auf die Gesellschafter verteilt wird.⁴²⁾ Die Gesellschafter können auch trotz der vom Gericht ausgesprochenen Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Da nämlich die Interessen dritter Personen durch die fortdauernde

41) Vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 1 zu § 138.

42) Vergl. Hueck S. 309-311.

persönliche Haftung aller Gesellschafter geschützt sind, besteht kein Grund dafür, die Handlungsfreiheit der Gesellschafter hier insoweit einzuschränken.⁴³⁾ Eine solche Regelung erfordert aber wiederum - soweit sie nicht bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen war - ein nachträgliches Übereinkommen der ehemaligen Gesellschafter, das im Falle des § 133 aus den obigen Gründen oftmals nicht zu erreichen sein wird.

Die wirtschaftlichen Nachteile, die sich durch die Auflösung der OHG nach dem Vorhergesagten häufig für die Gesellschafter ergeben, können Schadensersatzforderungen gegenüber denjenigen Gesellschaftern begründen, welche schuldhaft Anlaß zur Klage gegeben haben. Allerdings entstehen derartige Ersatzansprüche für den Kläger nicht schon aus der Tatsache des Auflösungsurteils allein. Selbst wenn die Auflösung wegen eines wichtigen Grundes ausgesprochen wurde, der in der Person eines oder mehrerer Beklagten lag, ist ein solcher Anspruch nicht notwendig gegeben; denn der wichtige Grund kann ja auch unverschuldet, z.B. durch Krankheit, entstanden sein. Ist jedoch die Auflösungsklage wegen einer vom Beklagten zu vertretenden (§§ 276, 708 BGB) schuldhaften Handlung erforderlich geworden, so haftet der Beklagte nach den allgemeinen Grundsätzen für den durch die Auflösung verursachten Vermögensschaden. Wenngleich dieser Schaden unmittelbar auf die vom Kläger selbst herbeigeführte gerichtliche Entscheidung zurückzuführen ist, so ist er doch mittelbar durch das vertragswidrige Verhalten des Beklagten, das die Erhebung der Auflösungsklage erst erforderlich gemacht hat, verursacht worden. Auch für diesen nur mittelbar verursachten Schaden hat der schuldige Beklagte einzustehen.⁴⁴⁾

Bei beiderseitigem Verschulden bestimmen sich die Schadensersatzpflicht und der Umfang des zu ersetzenden Schadens nach § 254 BGB. Denkbar ist daher, daß bei gegenseitigem Verschulden die beiderseits bestehenden Ersatzansprüche einander

43) Vergl. Hueck S. 225.

44) h.M.; vergl. RG 76, 370; 89, 400; Hueck S. 243, Schlegelberger Anm. 27 zu § 133.

aufheben oder daß der Richter bei unterschiedlichem Verschuldenmaß eine angemessene Verteilung des Schadens anordnet.⁴⁵⁾

Dem Kläger können auch daraus Schadensersatzanforderungen erwachsen, daß ein oder mehrere Beklagte die Auflösung der OHG ungebührlich lange verzögern.⁴⁶⁾ Bei längerer Dauer des Rechtsstreits kann dem Kläger nämlich zusätzlich dadurch Schaden entstehen, daß infolge der Uneinigkeit in der Geschäftsführung Verluste gemacht werden, bzw. auch dadurch, daß er während der Prozeßdauer an der Gründung einer neuen Existenz gehindert wird.⁴⁷⁾ Es wäre unbillig, wenn ein Beklagter durch hartnäckige Bekämpfung des offensichtlich begründeten Auflösungsanspruchs einen solchen Schaden ohne Schadensersatzpflicht herbeiführen könnte.⁴⁸⁾ Zwar wird der Auflösungsanspruch aus § 133 durch die gerichtliche Entscheidung verwirklicht, ohne daß dazu die Einwilligung des Beklagten erforderlich wäre; wenn jedoch der Beklagte schon vorher in die Auflösung eingewilligt hätte, so wäre diese auch entsprechend eher eingetreten (§ 131 Ziff. 2), wodurch der zusätzlich entstandene Schaden vermieden worden wäre. Eine Pflicht zur Abwendung dieses Schadens ergibt sich für die Gesellschafter aus ihrer vertraglichen Treuepflicht.⁴⁹⁾ Wenn daher ein oder mehrere Gesellschafter bei offensichtlich vorhandenen triftigen Gründen für eine Gesellschaftsauflösung ihre Einwilligung dazu trotz ergangener Aufforderung verweigern, so geraten sie hierdurch in Schuldnerverzug (§§ 284 ff. BGB).⁵⁰⁾ Den durch diesen Verzug entstehenden Schaden haben sie dem Kläger gemäß § 286 BGB zu ersetzen.⁵¹⁾

45) Vergl. Schlegelberger Anm. 27 zu § 133, Bellwinkel, Diss. S. 67.

46) Hueck S. 243; Ritter Anm. 2c zu § 133; Weipert Anm. 24 zu § 133; Schlegelberger Anm. 27 zu § 133.

47) Vergl. § 112.

48) Düringer-Hachenburg Anm. 17 zu § 133.

49) Vergl. BGH in NJW 60, 434.

50) Eine Entlastung des Schuldners nach § 285 BGB wird hier regelmäßig nicht in Frage kommen, da die auf der Verletzung der Treuepflicht beruhende Verzögerung meistens vorsätzlich oder wenigstens fahrlässig (vergl. § 276 BGB) verursacht sein wird.

51) Düringer-Hachenburg a.a.O.

In subjektiver Hinsicht stellt die Gesellschaftsauflösung nicht etwa eine Strafmaßnahme gegenüber dem beklagten Gesellschafter dar. Das ergibt sich schon daraus, daß ein Urteil aus § 133 ausschließlich auf objektive Umstände gestützt werden kann. Soweit sich der beklagte Gesellschafter allein wegen des gegen ihn gerichteten Urteils in materiell beeinträchtigt fühlt, handelt es sich hierbei um Nachteile, die den Verlierer eines jeden Zivilprozesses treffen. Eine darüber hinausgehende Strafwirkung hat das Auflösungsurteil also nicht.

bb) Die gesetzlichen Folgen der Gesellschafterausschließung.

Durch das klagezusprechende Urteil nach § 140 wird der Beklagte aus der OHG ausgeschlossen. Ebenso wie im Fall des § 133 wirkt das Urteil nicht nur feststellend, sondern rechtserzeugend.

Mit dem Ausschluß verliert der Beklagte seine Gesellschaftereigenschaft. Folglich entfallen für ihn mit dem Zeitpunkt, in dem das Ausschießungsurteil rechtskräftig wird, sämtliche persönlichen Gesellschafterrechte und Gesellschafterpflichten. Soweit der Beklagte seine Kaufmannseigenschaft aus der Zugehörigkeit zur OHG herleitet, erlischt auch diese Eigenschaft.⁵²⁾

Gleichzeitig verliert der Beklagte seine dingliche Mitberechtigung an den Vermögensgegenständen der OHG, welche ihm bislang zusammen mit den übrigen Gesellschaftern gesamthänderisch zustanden.⁵³⁾ Sein Anteil an dem Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen gemäß §§ 105 Abs. 2 HGB, 738 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne besondere Übertragungshandlung zu.⁵⁴⁾ Bei Grundstückseigentum bedarf es für die dingliche Rechtsänderung keiner Umschreibung im Grundbuch.⁵⁵⁾ Auch eine Grundbuchberichtigung wird in der Regel nicht in Betracht kommen, da nur

52) Hueck S. 289.

53) § 719 BGB.

54) Sog. Anwachsungstheorie; vergl. RG 56, 208; 65, 227; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 182 I 3.

55) Westermann, Sachenrecht, § 75 III 2a.

die OHG als solche im Grundbuch eingetragen steht.⁵⁶⁾ Gesamthandseigentümer des Gesellschaftsvermögens sind nunmehr die übrigen Gesellschafter allein. Da mit dem Ausschluß auch die Gewinnbeteiligung des Beklagten entfällt, geht dessen Gewinnanteil ebenfalls auf die verbleibenden Gesellschafter über.

Die Haftung des Beklagten für die im Zeitpunkt des Ausschlusses bereits bestehenden Gesellschaftsschulden bleibt gegenüber den Gläubigern zunächst unverändert. Die Ansprüche gegen ihn verjähren aber spätestens innerhalb von 5 Jahren seit Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister (§ 159). Für neu entstehende Gesellschaftsschulden haftet der Ausgeschlossene nicht mehr, es sei denn, der Gläubiger könnte sich bei Nichteintragung des Ausscheidens im Handelsregister auf den Gutgläubensschutz des § 15 Abs. 1 berufen.⁵⁷⁾

Im übrigen wird durch den Ausschluß des Beklagten die Identität der Gesellschaft nicht berührt. Die OHG behält alle bisherigen Rechte und Pflichten.⁵⁸⁾ Sie behält grundsätzlich auch die alte Firma. Sofern jedoch der Name des Ausgeschlossenen in der Firma enthalten war, kann diese gemäß § 24 Abs. 2 nur mit Einverständnis des Ausgeschlossenen weitergeführt werden.

Als Ausgleich für den Verlust seiner Mitgliedschaftsrechte gewährt das Gesetz (§ 738 BGB) dem Ausgeschlossenen verschiedene schuldrechtliche Ansprüche. So kann der Ausgeschlossene von den in der OHG verbleibenden Gesellschaftern zunächst die Rückgabe derjenigen Gegenstände fordern, welche er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hatte.

Die übrigen Gesellschafter sind ferner verpflichtet, den Ausgeschlossenen von seiner Haftung für die alten Gesellschaftsschulden zu befreien (§ 738 BGB). Daß diese Haftung

56) Hueck S. 287, Fußnote 32.

57) Die Unterscheidung zwischen Gesellschaftsschulden, die vor dem Zeitpunkt des Ausschlusses und nach diesem Zeitpunkt entstanden sind, ist u.U. schwierig zu treffen; vergl. im einzelnen bei Hueck S. 290 und die dort zitierte Rechtsprechung.

58) Hueck S. 287.

des ausgeschlossenen Gesellschafters gegenüber den Gläubigern unverändert bestehen bleibt, ist oben bereits erwähnt worden. Im Innenverhältnis kann der Ausgeschlossene aber von den übrigen Gesellschaftern verlangen, daß diese die Schulden allein tragen und ihn davon befreien.

Der wichtigste Anspruch, den § 738 BGB dem ausgeschiedenen Gesellschafter gewährt, ist der Anspruch auf Auszahlung einer Abfindung. Nach dem Gesetzeswortlaut haben die übrigen dem Ausgeschiedenen "dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens aufgelöst worden wäre". Durch diese Vorschrift wird der Verteilungsmaßstab, der bei der Aufteilung des Auseinandersetzungsguthabens anzulegen ist, auch als Grundlage für die Errechnung der zu zahlenden Abfindung bestimmt. Aus der Formulierung des Gesetzes ist jedoch nicht zu folgern, daß der ausgeschiedene Gesellschafter auch der Höhe nach lediglich den Betrag erhalten soll, der ihm bei wirklicher Auflösung des Unternehmens zukommen würde, nämlich die Liquidationsquote, die meist nur in einem Bruchteil des tatsächlichen Wertes seiner Geschäftsbeteiligung besteht.⁵⁹⁾ Vielmehr ist, wie im folgenden noch näher auszuführen sein wird, bei der Bestimmung des Abfindungsguthabens von dem "lebenden Geschäftswert" auszugehen.⁶⁰⁾

Zur Feststellung des "lebenden Geschäftswerts" und des hieraus zu ermittelnden Abfindungsguthabens ist eine besondere Abschichtungsbilanz aufzustellen.⁶¹⁾ Diese ist eine reine Vermögensbilanz, d.h. sie dient nicht wie die jährliche Bilanz der Ermittlung des Jahresgewinns, sondern der Ermittlung des Abfindungsguthabens und soll darum den wirklichen Vermögensstand wiedergeben.⁶²⁾ Demnach sind in der Abschichtungsbilanz sämtliche Aktiva mit ihrem wahren Wert einzusetzen. Dieser Wert ist notwendigenfalls durch Schätzung zu ermitteln (§ 738 Abs. 2 BGB), wozu in der Regel ein Sachverständigengutachten anzufordern ist.

59) Vergl. oben S. 34.

60) RG 106, 132; Düringer-Hachenburg Anm. 10 zu § 138; Schlegelberger Anm. 17 zu § 138; Siebert in NJW 60, 1073.

61) Vergl. Weipert Anm. 18 zu § 138; Hueck S. 292.

62) RG 106, 132.

Bei der Schätzung von Warenvorräten und Einrichtungsgegenständen ist nicht deren wahrscheinlicher Versilberungserlös, sondern ihr Wert innerhalb des fortbestehenden Unternehmens zugrunde zu legen. Zum tatsächlichen Wert einzusetzen sind ferner die stillen Reserven, die in der Jahresbilanz häufig durch Unterbewertungen und Abschreibungen gebildet werden.⁶³⁾

Schließlich ist noch der sog. innere Geschäftswert als Aktivposten zu berücksichtigen.⁶⁴⁾ Dieser Wert hat seine Grundlage vor allem in der Geschäftsorganisation, dem Ruf des Unternehmens, den Beziehungen zu Kundschaft und Lieferanten, der Zugehörigkeit zu Unternehmensgruppen, in zukünftigen Gewinnchancen sowie in allen anderen unkörperlichen Faktoren, die eine günstige Beeinflussung des Geschäftserfolgs herbeiführen können.⁶⁵⁾ Wenngleich diese Wertfaktoren bei der Liquidierung und Auflösung des Unternehmens in der Regel vernichtet werden,⁶⁶⁾ wäre es doch unbillig, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter dafür keinen Ausgleich fordern könnte und sein Anteil an diesen Werten entschädigungslos den übrigen Gesellschaftern zugute kommen würde.

Das gilt für den durch Urteil ausgeschlossenen ebenso wie für einen aus anderen Gründen ausgeschiedenen Gesellschafter; denn die Ausschließung bedeutet keine Strafmaßnahme und soll insbesondere nicht eine über den Verlust der Gesellschafterstellung hinausgehende Schlechterstellung für den Ausgeschlossenen herbeiführen.⁶⁷⁾ Der innere Geschäftswert ist daher bei der Feststellung des Abfindungsguthabens auch im Falle des § 140 zu berücksichtigen.

Ermittelt werden kann der innere Geschäftswert nur im Wege der Schätzung. Dabei ist von dem wahrscheinlichen Durchschnittsgewinn der nächsten Jahre auszugehen, welcher aus dem Gewinn der

63) Vergl. Weipert Anm. 27 zu § 138.

64) Hueck S. 292; Weipert Anm. 29 zu § 138.

65) Gemeint sind hier aber nur die mit dem Geschäft selbst verknüpften Werte, nicht dagegen die persönliche Anziehungskraft eines Mitgesellschafters; vergl. Weipert Anm. 30 zu § 138.

66) Vergl. oben S. 33.

67) Hueck S. 287.

vergangenen Jahre unter Berücksichtigung der in Zukunft zu erwartenden wirtschaftlichen Veränderungen zu errechnen ist. Von diesem Gewinn sind jeweils ein angemessener Betrag als Vergütung für die Arbeitsleistung der verbleibenden Gesellschafter und für die Verzinsung des Eigenkapitals abzusetzen.⁶⁸⁾ Die Kapitalisierung des so ermittelten Restbetrages ergibt dann den inneren Geschäftswert.⁶⁹⁾

Von der Summe der richtig bewerteten Aktiva einschließlich des inneren Geschäftswerts sind die ebenfalls nach dem wahren Wert einzusetzenden Passiva abzuziehen. Der dann noch verbleibende Überschuß entspricht dem tatsächlichen Wert des Unternehmens, d.h. dem "lebenden Geschäftswert".⁷⁰⁾

Nunmehr ist der Anteil des Ausgeschlossenen an dem festgestellten Unternehmenswert zu ermitteln. Nach § 738 Abs. 1 BGB soll der Ausgeschiedene das erhalten, "was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde". Bei der Auseinandersetzung einer OHG aber bestimmen sich die Anteile der Gesellschafter am Auseinandersetzungsguthaben gemäß § 155 Abs. 1 nach dem Verhältnis der Kapitalanteile. Grundsätzlich muß daher das Verhältnis der Kapitalanteile auch als Verteilungsmaßstab für das Abfindungsguthaben angesehen werden. Allerdings können dafür nicht die fortgeschriebenen Kapitalkonten der letzten Jahresbilanz maßgebend sein. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß in der Jahresbilanz die stillen Reserven und der innere Geschäftswert nicht als Gewinne eingesetzt sind. Demnach wird die Summe der hier angegebenen Kapitalkonten regelmäßig niedriger sein als der in der Abschichtungsbilanz festgestellte wahre Unternehmenswert. Es ist daher gerechtfertigt, daß der entsprechende Mehrwert zunächst als Gewinn den einzelnen

68) Gegebenenfalls ist auch eine angemessene Summe dafür abzuziehen, daß der Geschäftserfolg z.T. auf der persönlichen Anziehungskraft eines in der OHG verbleibenden Gesellschafters beruht; vergl. oben Fußnote 65.

69) Vergl. RG in JW 36, 3118; über die andersartige Berechnungsweise des inneren Geschäftswertes vergl. Schmitt a.a.O., S. 120.

70) Vergl. Hueck S. 293/294.

Kapitalkonten im Verhältnis der Gewinnanteile gutgeschrieben wird. Sollte dagegen der durch die Abschichtungsbilanz festgestellte Unternehmenswert ausnahmsweise geringer sein als die in der letzten Jahresbilanz genannten Kapitalkonten, so ist von diesen ein der Verlustbeteiligung entsprechender Betrag abzusetzen.

Die auf diese Weise errechneten Kapitalanteile ergeben den gerechten Verteilungsschlüssel für den Anteil des Ausgeschiedenen am Unternehmenswert. Da ihre Summe nunmehr auch der Höhe des wahren Unternehmenswertes entspricht, beziffert das neu ermittelte Kapitalkonto des Ausgeschlossenen das an ihn zu zahlende Abfindungsguthaben.⁷¹⁾⁷²⁾ Sofern das Kapitalkonto des Ausgeschiedenen aber negativ ist, hat dieser den entsprechenden Betrag an die OHG zu zahlen und kann von sich aus nichts mehr fordern.⁷³⁾

Der Zeitpunkt, nach welchem die Abschichtungsbilanz zu erstellen ist, bestimmt sich gemäß § 738 BGB nach dem Tage des Ausscheidens. Im Falle eines Ausschlusssurteils müßte daher

71) Vergl. BGH 17, 133 in NJW 55, 1025 (mit Anmerkungen von Gansmüller und Buchwald in NJW 56, 299 und 907); BGH 19, 47; RG in JW 36, 3118; v. Godin in JW 36, 3512; Hueck a.a.O.; Weipert Anm. 34 zu § 138; a.A. Bach in JW 36, 3118.

72) Als Beispiel sei ein Fall genannt, in dem der Gesellschafter C aus der Gesellschaft A-B-C ausgeschlossen wurde und abzufinden ist. Der wahre Unternehmenswert ist mit 90.000,-- DM festgestellt worden. Die Kapitalkonten der letzten Jahresbilanz betrugen insgesamt 60.000,-- DM, und zwar 30.000,-- DM für A, 20.000,-- DM für B und 10.000,-- DM für C, was also einem Verhältnis 3:2:1 entspricht. Dagegen lautet hier der Gewinnverteilungsschlüssel 1:1:1. Würde man nun als Verteilungsmaßstab für die Berechnung des Abfindungsguthabens vom wahren Unternehmenswert das Verhältnis der letzten Kapitalkonten zugrunde legen, so erhielte C $\frac{1}{6}$ von 90.000,-- DM = 15.000,-- DM. Zählt man aber erst den Mehrwert von 30.000,-- DM (= Differenz zwischen Summe der letzten Kapitalkonten und wahren Unternehmenswert) im Verhältnis der Gewinnanteile hinzu, so lauten die Kapitalkonten A = 40.000,-- DM, B = 30.000,-- DM, C = 20.000,-- DM. Nach dieser richtigen Berechnungsweise sind C also 20.000,-- DM auszahlend.

73) Vergl. Schlegelberger Anm. 28 zu § 138.

eigentlich der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils der maßgebende Stichtag sein. Jedoch wird hier durch § 140 Abs. 2 eine Sonderregelung getroffen, wonach für die Auseinandersetzung, d.h. also für die Abschichtungsbilanz, der Tag der Klageerhebung zugrunde zu legen ist. Durch diese Regelung sollen Unbilligkeiten vermieden werden, die sich insbesondere daraus ergeben können, daß der Beklagte in der Absicht weiterer Gewinnbeteiligung eine Prozeßverschleppung betreibt.⁷⁴⁾

Die Verpflichtung zur Zahlung des Abfindungsguthabens ist eine Geschäftsverbindlichkeit, für die die Gesellschaft und die in ihr verbleibenden Gesellschafter als Gesamtschuldner haften.⁷⁵⁾ Der Anspruch wird mit der Fertigstellung der Abschichtungsbilanz in voller Höhe fällig, so daß der Ausgeschiedene grundsätzlich Zahlung des gesamten Abfindungsguthabens auf einmal fordern kann. Aus dem Leitsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann sich aber ergeben, daß der OHG gewisse Zahlungsfristen einzuräumen sind, wenn andernfalls die Existenz des Unternehmens gefährdet werden würde. Umgekehrt wird man auch dem Ausgeschlossenen die Auszahlung eines bestimmten Teilbetrages vor Fertigstellung der Abschichtungsbilanz zubilligen müssen, wenn es gesichert erscheint, daß das Abfindungsguthaben mindestens die Höhe dieses Betrages erreichen wird.⁷⁶⁾

Das Abfindungsguthaben ist mit 5 % vom Stichtag der Abschichtungsbilanz an - also vom Zeitpunkt der Klageerhebung an - zu verzinsen. Die Verzinsungspflicht ergibt sich daraus, daß die Auseinandersetzung ein beiderseitiges Handelsgeschäft (§§ 352, 353) darstellt.⁷⁷⁾

Der Ausgeschlossene hat schließlich noch das Recht und die Pflicht, an den sog. schwebenden Geschäften teilzunehmen

74) Vergl. Weipert Anm. 18 zu § 140.

75) RG 89, 406; 154, 334.

76) RG 89, 403; Hueck S. 296.

77) Düringer-Hachenburg Anm. 15 zu § 138; Schlegelberger Anm. 25 zu § 138; Weipert Anm. 20 zu § 138; mit abweichender Begründung auch Hueck S. 296.

(§ 740 BGB). Darunter sind normalerweise die Geschäfte zu verstehen, für die vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens schon Ansprüche oder Verpflichtungen der Gesellschaft begründet worden sind.⁷⁸⁾ Da im Fall des § 140 aber nicht der Tag des Ausscheidens, sondern der der Klageerhebung für die Auseinandersetzung maßgebend ist (§ 140 Abs. 2), muß dieser Zeitpunkt auch bei Bestimmung der schwebenden Geschäfte als Stichtag angesehen werden. Die an diesem Tag noch in der Schwebe befindlichen Geschäfte werden bei der Abschichtungsbilanz nicht mitberücksichtigt. Der Ausgeschlossene ist an ihnen im Verhältnis seiner bisherigen Gewinn- und Verlustanteile zu beteiligen. Nach erfolgter Ausschließung, d.h. nach Rechtskraft des Urteils, sind die verbleibenden Gesellschafter allein zur Abwicklung der schwebenden Geschäfte berufen, wobei sie dem Ausgeschiedenen aber am Schluß eines jeden Geschäftsjahres Rechenschaft zu geben haben (§ 740 Abs. 2 BGB).

Während im Falle eines Auflösungsurteils häufig Schadensersatzansprüche gegen den beklagten Gesellschafter entstehen können,⁷⁹⁾ ist dies bei einem Urteil nach § 140 weniger leicht möglich. Soweit der Beklagte allerdings unerlaubte Handlungen begangen hat, durch die der wichtige Grund für die Ausschließung gesetzt wurde, haftet er den übrigen Gesellschaftern für den durch diese Delikte unmittelbar verursachten Schaden.⁸⁰⁾ Darüber hinaus wird die Tatsache des Ausscheidens in der Regel aber keine besonderen Schadensersatzansprüche begründen, da - anders als bei einem Urteil nach § 133 - das Unternehmen für die übrigen Gesellschafter erhalten bleibt und deshalb kein besonderer Schaden entsteht. Ausnahmsweise kann aber das vorzeitige Ausscheiden des Beklagten auch für die übrigen Gesellschafter nachteilig sein, z.B., wenn der Beklagte besondere persönliche Fähigkeiten besaß, durch die bei vertragstreuem Verhalten der Geschäftserfolg beträchtlich vergrößert

78) Weipert Anm. 43 zu § 138; Hueck S. 298.

79) Vergl. oben S. 35 ff.

80) Vergl. Schumann in DR 42, 1670.

worden wäre. In einem solchen Fall haftet der Ausgeschlossene auch für diesen Schaden, vorausgesetzt, daß er den Ausschließungsgrund schuldhaft gesetzt hat.

Ein Schadensersatzanspruch wegen ungerechtfertigten Bestreitens des Klageanspruchs, der sich im Falle eines Auflösungsurteils leicht ergeben kann,⁸¹⁾ wird hier dagegen normalerweise ausscheiden. Das folgt daraus, daß eventuelle negative Folgen einer Prozeßverschleppung durch die Regelung des § 140 Abs. 2 weitgehend vermieden werden. Sollte aber der Beklagte während der schwebenden Klage in Erwartung seiner Ausschließung vorsätzlich oder fahrlässig zum Schaden der Gesellschaft gehandelt haben, z.B. durch unzweckmäßige Geschäftsführung, so haftet er den übrigen Gesellschaftern nach den allgemeinen Grundsätzen.⁸²⁾

In subjektiver Hinsicht stellt das Ausschließungsurteil ebensowenig wie die Gesellschaftsauflösung eine Strafe für den Beklagten dar. Die ältere Rechtsprechung ging zwar von dem "strafartigen Charakter" dieser Maßnahme aus.⁸³⁾ Hiergegen ist aber zu Recht eingewandt worden, daß das Urteil aus § 140 ohne jedes Verschulden des beklagten Gesellschafters ausgesprochen werden kann.⁸⁴⁾

In der Ausschließung mag allerdings häufig eine "Spitze" gegen den Beklagten liegen, so daß dieser die ergriffenen Maßnahmen leicht als "Kränkung" empfinden wird.⁸⁵⁾ Diese Kränkung wird aber bereits durch die Klageerhebung hervorgerufen. Das ergehende Urteil ist dagegen nicht geeignet, weitergehende subjektive Nachteile für den Verlierer des Prozesses zu verursachen als ein anderes Zivilurteil.

81) Vergl. oben S. 36.

82) §§ 276, 708, 826 BGB; vergl. Schumann a.a.O.; Düringer-Hachenburg Anm. 10 zu § 140.

83) RG 24, 138; vergl. Staub-Pinner, Anm. 3 zu § 140.

84) RG 146, 180; Alexander-Katz in ZHR 70, 83; Weipert Anm. 8 zu § 140.

85) Vergl. RG 24, 138; Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 140.

cc) Gegenüberstellung und Ergebnis.

Beim Vergleich der vorstehend beschriebenen Urteilsfolgen der §§ 133, 140 interessiert in erster Linie das in beiden Fällen für den beklagten Gesellschafter zu erwartende Ergebnis.

Es fragt sich also, ob dieser durch ein Ausschlößungsurteil schlechter gestellt wird als durch ein Urteil nach § 133.

aaa) Bei einer Gesellschaftsauflösung nach § 133 erhalten die Gesellschafter - einschließlich des Beklagten - die der OHG nur leihweise überlassenen Gegenstände zurück; denn nach § 149 ist lediglich das Vermögen der OHG zu versilbern. Der Beklagte ist im Falle seiner Ausschlößung aber nicht schlechter gestellt, da ihm die der OHG zur Benutzung überlassenen Gegenstände auch hier gemäß § 738 BGB herauszugeben sind.

bbb) Ebensowenig kann etwa deswegen eine Schlechterstellung des Beklagten angenommen werden, weil im Falle der Liquidation zunächst die Gläubiger zu befriedigen sind (§ 149) und daher eine Inanspruchnahme der einzelnen Gesellschafter nicht mehr zu erwarten ist. Im Falle der Gesellschafterausschlößung ist der Beklagte nämlich von den Gesellschaftsschulden freizustellen (§ 738 BGB), so daß auch hier keine wesentlichen Befürchtungen für eine weitere Haftung bestehen können.

ccc) Da bei der Liquidation der OHG die "laufenden Geschäfte zu beendigen" sind (§ 149), wird der aus § 133 verurteilte Gesellschafter noch an diesen beteiligt. Der nach § 140 ausgeschlossene Gesellschafter nimmt aber gemäß § 740 BGB ebenfalls an den schwebenden Geschäften teil. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß bei der Geschäftsabwicklung einer aufgelösten OHG unter dem Druck der erforderlichen Liquidation regelmäßig ein geringerer Gewinn zu erwarten ist als bei der nach erfolgter Ausschlößung fortbestehenden Erwerbsgesellschaft.

Von einer Benachteiligung des aus § 140 verurteilten Gesellschafters gegenüber dem Fall der Gesellschaftsauflösung kann daher auch insoweit nicht gesprochen werden.

- ddd) Für eine Besserstellung des Beklagten im Falle des § 133 könnte bei oberflächlicher Betrachtungsweise die Tatsache sprechen, daß der Beklagte hier am Gesellschaftsvermögen dinglich berechtigt bleibt, während er bei seiner Ausschließung nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf das Abfindungsguthaben hat. Es könnte also argumentiert werden, daß die Auflösung der Gesellschaft eine größere Sicherheit für den Beklagten bedeute.⁸⁶⁾

Demgegenüber ist jedoch zu beachten, daß für den Abfindungsanspruch des Ausgeschlossenen sowohl das gesamte Gesellschaftsvermögen als auch das Privatvermögen aller übrigen Gesellschafter haften,⁸⁷⁾ so daß eine Gefährdung der Verwirklichung dieses Anspruchs kaum zu befürchten ist. Zudem bleibt für den Beklagten bei Gefahr im Verzuge stets die Möglichkeit offen, seinen Anspruch durch einen Arrest bzw. eine einstweilige Verfügung nach §§ 916 ff. ZPO sichern zu lassen.

- eee) Zu berücksichtigen ist bei dem anzustellenden Vergleich aber vor allem, daß im Falle der Gesellschaftsauflösung die nach Beendigung der Liquidation an die einzelnen Gesellschafter auszuzahlende Quote fast immer niedriger ist als der wahre Wert der Geschäftsbeteiligung, während der nach § 140 ausgeschlossene Gesellschafter vollen Wertersatz für seinen Anteil am "lebenden Geschäftswert" erhält. Das beruht, wie oben ausgeführt, in erster Linie darauf, daß der sog. innere Geschäftswert bei der Liquidation regelmäßig vernichtet wird, während er bei einem Ausschließungsurteil erhalten

86) Vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 140.

87) Vergl. oben S. 43.

bleibt und im Ergebnis sämtlichen Gesellschaftern - einschließlich des ausgeschlossenen - zugute kommt.⁸⁸⁾

In diesem Zusammenhang wird zwar teilweise geltend gemacht, daß auch die Auflösung der OHG nicht notwendig den Untergang des Unternehmens herbeizuführen brauche und demnach die Möglichkeit bestehe, den inneren Unternehmenswert trotz der Auflösung der Gesellschaft größtenteils zu erhalten.⁸⁹⁾ Bei der Abwägung, ob die Gesellschaftsauflösung gegenüber einem Ausschießungs-urteil wegen der für den beklagten Gesellschafter zu erwartenden Folgen zu bevorzugen ist, kann jedoch, wie schon erwähnt, nur das wahrscheinlichste Ergebnis in Betracht gezogen werden.⁹⁰⁾ Am wahrscheinlichsten ist aber hier, daß die Liquidation gemäß § 145 ff. zur Auflösung der Unternehmenseinheit führt.⁹¹⁾ Die Aussicht, daß das Gesellschaftsunternehmen samt der Firma erhalten bleibt und deswegen ein relativ hoher Liquidations-überschuß erzielt werden könnte, ist nach den obigen Ausführungen⁹²⁾ jedenfalls viel zu ungewiß, um bei der nach billigem Ermessen zu treffenden Abwägung zwischen einem Urteil nach § 133 oder § 140 berücksichtigt werden zu können. Selbst wenn man aber als günstigstes Ergebnis der Gesellschaftsauflösung unterstellte, daß der innere Geschäftswert des Gesellschaftsunternehmens vollauf erhalten bliebe und den Gesellschaftern zugute käme, so wäre damit lediglich das erreicht, was im Falle der Gesellschaftsunternehmensausschließung ohnehin zu erwarten wäre. Folglich würde die letztere Maßnahme auch hier keine Schlechterstellung für den Ausgeschlossenen bedeuten.

fff) Ferner kann auch der Zeitpunkt, in welchem der beklagte Gesellschafter die Liquidationsquote bzw. das Abfindungsguthaben ausgezahlt erhält, nicht zu einer

88) Vergl. oben S. 40 ff.

89) So Weipert Anm. 8 zu § 140; Hueck S. 282.

90) Vergl. oben S. 30.

91) Vergl. Schumann S. 268.

92) Oben S. 33 ff.

Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung gegenüber der Gesellschafterausschließung führen. Die Liquidationsquote wird gemäß § 155 erst nach Abwicklung aller Geschäfte gezahlt. Der Abfindungsanspruch des Ausschlossenen ist aber regelmäßig mit Fertigstellung der Abschichtungsbilanz fällig und zudem mit 5 % vom Zeitpunkt der Klageerhebung an zu verzinsen.⁹³⁾

- ggg) Soweit den beklagten Gesellschafter ein Verschulden trifft, kann im Falle eines Urteils aus § 133 wegen der normalerweise entstehenden Liquidationsverluste eine schwerwiegende Schadensersatzverpflichtung für ihn entstehen.⁹⁴⁾ Hingegen braucht der Beklagte eine solche Ersatzverpflichtung für den Fall seiner Ausschließung - jedenfalls in entsprechender Höhe - nicht zu befürchten, da hier das Unternehmen erhalten bleibt und den übrigen Gesellschaftern deswegen kein nennenswerter Schaden erwachsen kann.⁹⁵⁾ Auch insofern wird der Beklagte bei einem Urteil nach § 140 allenfalls besser, keineswegs aber schlechter gestellt als bei einem Auflösungsurteil.
- hhh) Für eine Schlechterstellung des Beklagten in diesem Verhältnis sprechen auch keine maßgeblichen subjektiven Gesichtspunkte. Wie schon erwähnt, kann es für die hier zu treffende Billigkeitsentscheidung nicht ausschlaggebend sein, daß der Beklagte seinen Gegnern die Fortführung des Unternehmens vielleicht mißgönnt.⁹⁶⁾ Selbst eine durch die Ausschließung evtl. eintretende Besserstellung der Kläger im Vergleich zum Beklagten darf diesen nicht interessieren, wenn die einzige andere Alternative - nämlich ein Urteil aus § 133 - beide Seiten nur noch schlechter stellen könnte.

93) Vergl. oben S. 43.

94) Vergl. oben S. 35 ff.

95) Vergl. oben S. 44/45.

96) Vergl. oben S. 29/30.

Da - wie oben⁹⁷⁾ bereits hervorgehoben - die Ausschließung nach § 140 ebensowenig wie die Gesellschaftsauflösung als Strafmaßnahme gelten kann, sind auch keine anderweitigen subjektiven Anhaltspunkte für die von der h.M. vorgenommenen Abstufung ersichtlich.

Nach alledem wird bei Zugrundelegung der gesetzlichen Bestimmungen der verurteilte Gesellschafter durch ein Urteil nach § 140 regelmäßig nicht schlechter gestellt als durch ein Urteil nach § 133.

Bei der Abwägung, ob eine Gesellschaftsauflösung ein billigeres Ergebnis darstellt als die Ausschließung, sind im übrigen nicht nur die jeweiligen Folgen für den beklagten Gesellschafter zu berücksichtigen, sondern es muß auch erwogen werden, welche Folgen sich in beiden Fällen für die Kläger ergeben.

Zwar kann eine von diesen erhobenen Ausschließungsklage nicht mit der Begründung abgewiesen werden, daß ein Urteil aus § 133 den klägerischen Interessen eher gerecht werde als ein Urteil aus § 140; denn die Wahl ihres Sachantrages muß den Klägern selbst überlassen bleiben. Bei der Abwägung, ob nicht die aus § 140 erhobene Klage unter Hinweis auf die Möglichkeit des § 133 abgewiesen werden soll, weil vielleicht ein Auflösungsurteil für den beklagten Gesellschafter billiger erscheinen, müssen jedoch auch die Folgen berücksichtigt werden, die dann für die Kläger zu erwarten wären. Auch diese könnten durch ein Urteil aus § 133 aber nur schlechter gestellt werden als durch die Ausschließung des Beklagten, da sie im letzteren Fall ihre Existenzgrundlage in dem fortzuführenden Gesellschaftsunternehmen erhalten können, während das Unternehmen durch die Gesellschaftsauflösung und anschließende Liquidation regelmäßig vernichtet wird.

Soweit man bei der zu treffenden Abwägung neben der Stellung der Gesellschafter auch die für die Allgemeinheit in beiden

97) S. 45.

Fällen entstehenden Folgen berücksichtigen will,⁹⁸⁾ kann dieser Gesichtspunkt ebenfalls nicht zu der Annahme führen, daß die Gesellschaftsauflösung ein billigeres Ergebnis als die Ausschließung nach § 140 darstellt. Es kann nämlich der Volkswirtschaft nur zum Nachteil gereichen, wenn durch die Gesellschaftsauflösung ein lebensfähiger Betrieb zugrunde geht und dadurch sowohl die Gesellschafter ihre Erwerbsquelle verlieren als auch die dort beschäftigten Angestellten arbeitslos werden. Zusätzlicher Schaden kann der Allgemeinheit dadurch entstehen, daß sich der Wegfall des Unternehmens auf den durch langjährige Übung eingespielten Lieferanten- und Kundenkreis nachteilig auswirkt. Im Falle der Gesellschafterausschließung sind derartige Folgen hingegen nicht zu befürchten. Hier verliert lediglich der Beklagte seine Erwerbsquelle, wobei aber die ihm ausgezahlte Abfindung in den meisten Fällen für eine neu zu gründende Existenz ausreichen wird, so daß er für die Allgemeinheit keine Belastung darstellen kann.

Zusammengefaßt können daher bei Zugrundelegung der gesetzlichen Regelung die in den Fällen der §§ 133 und 140 jeweils zu erwartenden Folgen eine Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung gegenüber der Gesellschafterausschließung im Normalfall nicht rechtfertigen.

Es ist allerdings nicht ganz auszuschließen, daß auch bei gesetzlicher Folgenregelung eine Gesellschaftsauflösung nach § 133 doch einmal vorteilhafter für den Beklagten sein könnte als die Ausschließung nach § 140. Ein solcher Ausnahmefall könnte z.B. vorliegen, wenn in Kriegszeiten das Abfindungskapital wegen der allgemeinen Wertlosigkeit des Geldes keinen Ausgleich für den Anteil des Auszuschließenden am Gesellschaftsunternehmen darstellen würde und wenn für den Fall der Gesellschaftsauflösung eine zweckentsprechende Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die ehemaligen Gesellschafter zu erwarten wäre.

98) Vergl. Hueck S. 282.

Ebenfalls könnte eine Besserstellung des beklagten Gesellschafters in diesem Verhältnis ausnahmsweise erwartet werden, wenn das vorhandene Gesellschaftsunternehmen nur noch Verlustgeschäfte tätigen kann und seine Liquidation deswegen einen weitergehenden Schaden verhindern würde,⁹⁹⁾ oder auch, wenn für die Liquidation gerade dieses Unternehmens eine staatliche Prämie zugunsten der bisherigen Geschäftsinhaber ausgesetzt wäre.¹⁰⁰⁾

In derartigen Ausnahmefällen bestehen keine Bedenken dagegen, die zu erwartende Besserstellung des beklagten Gesellschafters für den Fall der Gesellschaftsauflösung bei der vorzunehmenden Billigkeitsentscheidung zu berücksichtigen und gegebenenfalls die erhobene Ausschließungsklage unter Hinweis auf die Möglichkeit des § 133 abzuweisen. Voraussetzung für eine solche Entscheidung wäre allerdings weiter, daß die Gesellschaftsauflösung nach den Gesamtumständen der Billigkeit entspräche und vor allem auch eine für die Kläger zumutbare Lösung darstellte.¹⁰¹⁾

Von den vorstehenden Ausnahmefällen abgesehen, kann jedoch bei gesetzlicher Folgenregelung nicht vorbehaltlos von einer Besserstellung des beklagten Gesellschafters für den Fall der Gesellschaftsauflösung gegenüber dem der Ausschließung nach § 140 gesprochen werden; denn regelmäßig ist eine solche Besserstellung, welche eine Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung gegenüber der Gesellschafterausschließung begründen könnte, hier nicht zu erwarten.

-
- 99) Hier wäre es allerdings unwahrscheinlich, daß die übrigen Gesellschafter aus § 140 klagen, um die Fortsetzung des Unternehmens zu ermöglichen. Sollten sie jedoch nur deswegen die Ausschließung des Beklagten betreiben, um das Unternehmen anschließend zu liquidieren, so wäre ihre Klage rechtsmißbräuchlich und schon aus diesem Grunde zurückzuweisen (vergl. unten S. 60).
- 100) Vergl. BGH-Entscheidung II ZR 71/57 vom 10.7.1958, teilweise veröffentlicht in MDR 58, 750 und in LM Nr. 10 zu § 142. In diesem Fall war vom Bundesfinanzministerium für die Stilllegung des Betriebes eine Prämie von 100.000,-- DM in Aussicht gestellt worden, die sich der auf Ausschließung klagende Gesellschafter allein verschaffen wollte.
- 101) Vergl. unten S. 56.

b) Vergleich der Urteilsfolgen bei spezieller Folgenregelung durch den Gesellschaftsvertrag.

Die Frage, ob wegen der jeweils zu erwartenden Folgen der Ausschließung nach § 140 und der Gesellschaftsauflösung nach § 133 höhere Anforderungen an die Voraussetzungen der ersten Maßnahme als an die der letzteren zu stellen sind, könnte abweichend von dem im vorstehenden Abschnitt erzielten Ergebnis beurteilt werden, soweit die gesetzlichen Urteilsfolgen durch entsprechende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag wirksam abgeändert sind, namentlich soweit dadurch eine Schlechterstellung des nach § 140 Ausgeschlossenen gegenüber dem Fall der Gesellschaftsauflösung bedingt würde. Dazu fragt sich zunächst, inwieweit derartige Vereinbarungen überhaupt von den Gesellschaftern getroffen werden können.

Gemäß § 133 Abs. 3 sind Vereinbarungen, durch welche das Auflösungsbegehren aus § 133 ausgeschlossen oder beschränkt wird, nichtig. Eine hiernach unzulässige Beschränkung des Rechts aus § 133 ist nicht nur gegeben, wenn die Klagemöglichkeit selbst eingeschränkt wird¹⁰²⁾ oder der Begriff des wichtigen Grundes durch den Gesellschaftsvertrag einengend ausgelegt wird,¹⁰³⁾ sondern auch dann, wenn dem klagenden Gesellschafter besonders nachteilige Folgen für den Fall eines Auflösungsurteils angedroht werden.¹⁰⁴⁾ Nichtig ist daher z.B. eine Abrede, wonach dem aus § 133 klagenden Gesellschafter die gesetzlich zustehende Auseinandersetzungsquote um die Hälfte gekürzt wird oder wonach er mit einem Wettbewerbsverbot oder einer Vertragsstrafe belegt wird.¹⁰⁵⁾

102) Vergl. RG in JW 1926, Nr. 1266; Weipert Anm. 25 zu § 133; Düringer-Hachenburg Anm. 19 zu § 133.

103) Hueck S. 243.

104) Über die Möglichkeit einer abweichenden Folgenvereinbarung besteht im einzelnen Streit; vergl. Hueck S. 243; Weipert Anm. 27 zu § 133; Schlegelberger Anm. 32 u. 33 zu § 133; Düringer-Hachenburg Anm. 18 zu § 133; Baumbach-Duden Anm. 4 zu § 133; RG 156, 129. Einhelligkeit besteht jedoch darüber, daß eine für den Kläger nachteilige Folgenregelung nicht auf eine unzulässige Beschränkung des Rechts aus § 133 hinauslaufen darf.

105) Vergl. Weipert a.a.O.

Von dem vorstehenden Fall abgesehen, können die Gesellschafter aber im Rahmen der guten Sitten (§ 138 BGB) und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beliebige Vereinbarungen über die Urteilsfolgen aus § 133 und § 140 treffen; denn ihre Vertragsfreiheit wird hier durch keine anderen gesetzlichen Bestimmungen eingeschränkt. Die Gesellschafter können z.B. die Möglichkeit der Klage aus § 133 oder § 140 in der Weise erleichtern, daß für den verurteilten Gesellschafter nachteiligere Folgen als nach der gesetzlichen Regelung bestimmt werden, was auf der anderen Seite zu einer Besserstellung der Kläger führen würde. Soweit allerdings der aus § 133 verurteilte Gesellschafter oder der gemäß § 140 Ausgeschlossene nach dem Gesellschaftsvertrag gar keine Abfindung oder aber nur eine unverhältnismäßig geringe Quote erhalten soll, wird man eine derartige Vereinbarung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig halten müssen.¹⁰⁶⁾

Der Gesellschaftsvertrag kann ferner das Ausschließungsrecht aus § 140 in der Weise erschweren, daß die gesetzlichen Folgen des Ausschließungsurteils vertraglich zu Gunsten des Beklagten und demnach zu Ungunsten der Kläger abgeändert werden. Im Gegensatz zur Auflösungsklage besteht für § 140 keine dem § 133 Abs. 3 entsprechende Regelung, durch welche die Ausschließung oder Beschränkung des Klagerechts untersagt wird.¹⁰⁷⁾ Es kann daher z.B. die Abrede getroffen werden, daß dem durch Urteil ausgeschlossenen Gesellschafter die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt werden muß oder daß er Anspruch auf eine verhältnismäßig hohe Abfindung hat.¹⁰⁸⁾

Schließlich kann die abweichende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages auch solcher Natur sein, daß nicht die Vermögensstellung der Kläger oder des Beklagten aus §§ 133, 140 verbessert oder verschlechtert werden soll, sondern daß nur eine einfachere und zweckmäßigere Folgenregelung getroffen wird.

106) Vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 13 zu § 140; Weipert Anm. 30 zu § 140.

107) Vergl. dazu die Denkschrift S. 101.

108) Vergl. Weipert Anm. 29 zu § 140.

So kann für den Fall des § 133 vereinbart sein, daß unter Ausschluß des Liquidationsverfahrens das Unternehmen mit- samt der bisherigen Firma an den meistbietenden Gesell- schafter oder einen Dritten zu veräußern ist, ohne daß den übrigen Gesellschaftern ein Widerspruchsrecht gegen die Fortführung der Firma (§ 22) zustehen soll. Eine derartige Regelung wäre geeignet, die normalerweise entstehenden Li- quidationsverluste weitgehend auszuschalten.

Für den Fall des § 140 kann beispielsweise vereinbart wer- den, daß an Stelle des schwierig zu ermittelnden Abfindungs- guthabens ein festgelegter Betrag oder aber eine einfacher zu ermittelnde Summe¹⁰⁹⁾ an den ausgeschlossenen Gesell- schafter zu zahlen ist. Gegen die Wirksamkeit derartiger Abreden bestehen keinerlei Bedenken.¹¹⁰⁾

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß infolge entsprechender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages im konkreten Fall durchaus die Erwartung bestehen kann, daß der beklagte Ge- sellschafter bei einer Ausschließung nach § 140 schlechter gestellt würde als im Falle der Gesellschaftsauflösung nach § 133. Das kann vor allem zutreffen, wenn der Auszuschließen- de nach dem Gesellschaftsvertrag eine verhältnismäßig niedri- ge Abfindung erhalten soll, z.B., wenn bestimmt ist, daß nur der in der letzten Jahresbilanz genannte Kapitalanteil des Beklagten auszuzahlen ist, bei dessen Festsetzung die stil- len Reserven und der innere Geschäftswert nicht berücksich- tigt sind.¹¹¹⁾

In einem solchen Fall können die konkret in Aussicht stehen- den Urteilsfolgen es notwendig erscheinen lassen, schärfere Anforderungen an den Ausschließungsgrund als an einen persön- lichen Auflösungsgrund zu stellen. Aus der Tatsache allein,

109) Es kann z.B. nur für den besonders schwer zu schätzen- den Anteil am inneren Geschäftswert ein Fixum bestimmt werden.

110) Vergl. Schlegelberger Anm. 26 zu § 138.

111) Vergl. oben S. 41.

daß die wirtschaftliche Lage für den Beklagten bei einem Urteil aus § 133 wahrscheinlich günstiger wäre als bei einem Ausschießungsurteil, kann jedoch eine Bevorzugung der ersten Maßnahme noch nicht gerechtfertigt werden. Einerseits muß nämlich berücksichtigt werden, daß die Schlechterstellung des Auszuschließenden von allen Gesellschaftern vorher vereinbart worden ist. Diese im Gesellschaftsvertrag eingegangene Bindung darf nicht dadurch gegenstandslos werden, daß die Möglichkeit der Ausschießung nach § 140 unter Hinweis auf § 133 schlechthin ausgeräumt wird. Da alle Gesellschafter beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages die vorgesehenen Ausschießfolgen gebilligt haben, muß vielmehr der Ausgeschlossene die getroffene Vereinbarung regelmäßig gegen sich gelten lassen.¹¹²⁾

Auf der anderen Seite muß bei der hier erforderlichen Abwägung auch die wirtschaftliche Lage der Kläger in Betracht gezogen werden, die im Falle der Gesellschaftsauflösung weit ungünstiger wäre als bei einer Ausschießung des Beklagten.¹¹³⁾

Wenn jedoch besondere Unbilligkeitsfaktoren zu der Schlechterstellung des Ausgeschlossenen hinzutreten, so kann es angebracht sein, die Ausschießungsklage unter Hinweis auf § 133 abzuweisen, d.h. also, in dem konkreten Fall höhere Anforderungen an den Ausschießungsgrund als an einen persönlichen Auflösungsgrund zu stellen. Zusätzliche Unbilligkeitsmomente, die zusammen mit der Schlechterstellung des Auszuschließenden die Abweisung der Klage aus § 140 begründen würden, könnten z.B. vorliegen, wenn der Beklagte keine schwerwiegenden Verfehlungen begangen hat oder wenn er selbst beim Aufbau des Unternehmens maßgeblich beteiligt gewesen ist.

Ebenfalls kann die Ausschießungsklage unter Verweisung auf § 133 abgewiesen werden, wenn die für den Ausgeschlossenen

112) Hueck S. 283.

113) Vergl. oben S. 50.

vereinbarte Abfindung derart geringfügig ist, daß sie in gar keinem Verhältnis zu dem wahren Wert der Geschäftsbeteiligung steht.

Das Gericht wird aber auch hier zu überlegen haben, ob es den Klägern zunächst nicht die Zusage einer höheren Abfindung gegenüber dem Beklagten empfehlen soll.¹¹⁴⁾ Es kann nämlich erwartet werden, daß die Kläger diesen Vorschlag aufgreifen werden, um die sonst notwendige Gesellschaftsauflösung und Liquidation samt der damit im Zusammenhang stehenden Schädigungen zu vermeiden. Eine entsprechende Empfehlung des Gerichts, die unnötigen Schaden der Beteiligten zu umgehen hilft, erscheint gemäß § 139 ZPO pflichtgemäß. Lehnen es dann allerdings die Kläger ab, dem Beklagten ein besseres Angebot zu machen, so bestehen keine Bedenken mehr, die Ausschließungsklage zurückzuweisen, obgleich hier eine Klage aus § 133 begründet wäre.

Zu der Frage, ob wegen der unterschiedlichen Urteilsfolgen der Ausschließung nach § 140 und der Gesellschaftsauflösung nach § 133 eine Bevorzugung der letzteren Maßnahme gegenüber der ersteren zu rechtfertigen ist, kann daher zusammenfassend festgestellt werden:

Nur dann, wenn auf Grund besonderer Umstände, vor allem wegen einer im Gesellschaftsvertrag getroffenen Folgenregelung, die Ausschließung im konkreten Fall voraussichtlich nachteiliger für den Beklagten sein würde als die Gesellschaftsauflösung nach § 133 und wenn diese auch nach den übrigen Gesamtumständen als das billigere Ergebnis anzusehen ist, kann die Klage aus § 140 unter Hinweis auf § 133 abgewiesen werden. Im übrigen können aber die in beiden Fällen zu erwartenden Folgen nicht zu der Annahme führen, daß an einen Ausschließungsgrund grundsätzlich höhere Anforderungen zu stellen seien als an einen persönlichen Auflösungsgrund; denn in der Regel hat die Ausschließung eines Gesellschafters keine ungünstigeren Folgen für alle Beteiligten als die Gesellschaftsauflösung.

114) Vergl. BGH 6, 113.

2) Sprechen andere Gesichtspunkte für eine Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung nach § 133 gegenüber der Ausschließung nach § 140?

Wie im Vorstehenden ausgeführt worden ist, ergeben die unterschiedlichen Urteilsfolgen der §§ 133, 140 keine allgemeinen - d.h. bei jeder OHG bestehenden - Anhaltspunkte für eine Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung gegenüber der Gesellschafterausschließung. Eine derartige Bevorzugung ist wegen der Urteilsfolgen vielmehr nur in Ausnahmefällen angebracht. Es sprechen auch keine anderweitigen Gründe dafür, allgemein höhere Anforderungen an einen Ausschließungsgrund i.S. des § 140 als an einen persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 zu stellen. Zu untersuchen ist jedoch, ob nicht noch weitere Sonderfälle denkbar sind, bei denen die konkreten Umstände wohl eine Gesellschaftsauflösung nach § 133, nicht aber eine Ausschließung nach § 140 rechtfertigen würden.

a) Die Kläger können bzw. wollen die Gesellschaft nach Ausschuß des Beklagten nicht mehr fortsetzen.

Bei der Prüfung des Klagebegehrens aus § 140 verlangt die herrschende Meinung, - anders als bei der Auflösungsklage - eine zusätzliche Untersuchung, ob die Kläger auf Grund ihrer persönlichen Fähigkeiten überhaupt in der Lage sind, den Betrieb ohne Mitwirken des Beklagten aufrechtzuerhalten.¹¹⁵⁾ Dagegen wird eine solche Prüfungspflicht von Baumbach-Duden mit der Begründung abgelehnt, daß es in jedem Falle Sorge der Kläger bleiben müsse, wie das Unternehmen nach Ausschuß des Beklagten weitergeführt werde.¹¹⁶⁾ Keiner dieser beiden Ansichten kann jedoch in vollem Umfange gefolgt werden.

¹¹⁵⁾ RG 153, 280; RG in HRR 41, 777; BGH 4, 121; Weipert Anm. 8 zu § 140.

¹¹⁶⁾ Baumbach-Duden Anm. 2 B zu § 140.

Bei mangelnder Fähigkeit der Kläger zur Fortsetzung des Gesellschaftsunternehmens kann sich das Klagebegehren aus § 140 unter besonderen Umständen als ein unzulässiger Rechtsmißbrauch erweisen. Die Ausübung eines "Rechts" ist nach allgemeiner Auffassung mißbräuchlich und daher unzulässig, soweit damit ein grober Verstoß gegen Treu und Glauben verbunden wäre.¹¹⁷⁾ Ein solcher Verstoß gegen Treu und Glauben kann bei der Klage aus § 140 angenommen werden, wenn die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nach Ausschluß des Beklagten nicht mehr möglich ist. Die Ausschließungsklage soll nämlich in erster Linie der Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens dienen. Nicht etwa soll die Erhaltung der OHG als eines "juristischen Phantoms" durch § 140 gesichert werden.¹¹⁸⁾ Die entscheidende Bedeutung des § 140 liegt vielmehr darin, die Versilberung des Unternehmens durch Abwicklung zu verhindern und den Fortbestand desselben zu gewährleisten.¹¹⁹⁾ Wenn es daher feststeht, daß die Kläger den Geschäftsbetrieb ohne den Beklagten keinesfalls aufrechterhalten können und der eigentliche Schutzzweck des § 140 damit entfällt, so muß die Ausschließungsklage wegen Rechtsmißbrauchs abgewiesen werden, obwohl ein persönlicher Auflösungsgrund i.S. des § 133 hier gegeben sein mag.

Soweit die herrschende Auffassung jedoch darauf abstellt, daß die Kläger nach ihren persönlichen Fähigkeiten zur Geschäftsführung in der Lage sein müssen, erscheint diese Anforderung als zu weitgehend. In aller Regel kann nämlich davon ausgegangen werden, daß Gesellschafter, die zur Leitung des Unternehmens selbst nicht fähig sind, einen geeigneten Geschäftsführer oder Prokuristen einsetzen können. Von einer solchen Möglichkeit Gebrauch zu machen, muß aber auch den Klägern aus § 140 zugebilligt werden.

117) RG 146, 396; Palandt Anm. 1 zu § 242 BGB.

118) Vergl. Alexander-Katz in ZHR 70, 81, der zur Begründung dieses Satzes zutreffend auf § 142 verweist.

119) BGH in MDR 58, 750.

Anders ist es zu beurteilen, wenn die Weiterführung des Unternehmens nur mit Hilfe der außergewöhnlichen persönlichen Fähigkeiten des Beklagten erfolgen kann oder wenn eine Fortsetzung des Betriebes nach Ausschluß des Beklagten deswegen unmöglich erscheint, weil die Kläger infolge ihrer geringen Kapitalbeteiligung zur Aufbringung der Abfindungssumme an den Beklagten unter gleichzeitiger Erhaltung des Betriebes außerstande sind.¹²⁰⁾ Hier darf es entgegen der Ansicht von Baumbach-Duden nicht Sorge der Kläger sein, was mit dem Betrieb geschieht, sondern die Klage aus § 140 ist wegen mißbräuchlicher Rechtsausübung abzuweisen.

Es kann in einem derartigen Fall allerdings nicht davon gesprochen werden, daß ein Ausschließungsgrund i.S. des § 140 "an sich" gegeben sei und nur die Berufung auf diesen Grund eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. Der Verstoß gegen Treu und Glauben, der die Ausübung des Ausschließungs-"Rechts" mißbräuchlich erscheinen läßt, ist vielmehr bei der Prüfung des Ausschließungsgrundes unmittelbar zu würdigen, so daß hier schon das Vorhandensein eines solchen Grundes zu verneinen ist.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Kläger das Gesellschaftsunternehmen nach Ausschluß des Beklagten überhaupt nicht fortführen wollen, sondern die Liquidation desselben beabsichtigen, z.B., um durch Inanspruchnahme staatlicher Prämien einen besonderen Liquidationsgewinn zu erzielen und den Beklagten von dieser Vergünstigung auszuschließen.¹²¹⁾ Da die Klage aus § 140 auch hier nicht der Erhaltung des Unternehmens dienen kann, ist sie - gegebenenfalls unter Verweisung auf § 133 - als rechtsmißbräuchlich zurückzuweisen.

120) Vergl. Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 140; vergl. auch BGH 6, 113, der die Ausschließung bei geringer Kapitalbeteiligung jedenfalls für leichter möglich hält.

121) Vergl. BGH in LM Nr. 10 zu § 142.

b) Beide Parteien haben einen Ausschließungsgrund gesetzt.

Denkbar ist für den Fall einer Ausschließungsklage, daß beide Parteien einen wichtigen Grund i.S. des § 140 gesetzt haben, d.h. einen Grund, der - nur einseitig gegeben - die Ausschließung der einen Partei rechtfertigen würde. Es wäre z.B. möglich, daß je zwei Gesellschafter einer aus vier Personen bestehenden OHG gegeneinander (durch Klage und Widerklage) aus § 140 klagen oder daß zwar nur eine Partei aus § 140 klagt, die Gegenseite aber ebenfalls einen in der Person der Kläger liegenden Ausschließungsgrund geltend macht.¹²²⁾ Regelmäßig wird es sich hier um gegenseitige Verfehlungen der Parteien handeln.

In einem solchen Falle, in dem nicht nur der oder die aus § 140 verklagten Gesellschafter, sondern auch die Kläger Verfehlungen begangen haben, kann nach Auffassung der h.M. eine Ausschließung gemäß § 140 nicht erfolgen, es sei denn, daß die Schuld der Kläger so unverhältnismäßig gering gegenüber der des Beklagten wäre, daß sie hier gar nicht ins Gewicht fiel. Andernfalls soll nach der h.M. nur eine Gesellschaftsauflösung gemäß § 133 möglich sein.¹²³⁾ Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Ritter, der auch bei gleich hohem Verschulden der Kläger ein Ausschließungsurteil für möglich hält und nur bei Widerklage des Beklagten aus § 140 die Anträge beider Parteien für unbegründet erklärt.¹²⁴⁾ Keiner dieser beiden Auffassungen kann aber voll und ganz gefolgt werden.

122) Insoweit bestehen keine Bedenken, daß nach § 140 auch mehrere Gesellschafter verklagt und gegebenenfalls ausgeschlossen werden können (vergl. Weipert Anm. 20 zu § 140). Nur dann, wenn sämtliche Gesellschafter bis auf einen, den Kläger, ausgeschlossen werden sollen und die Gesellschaft deswegen nicht weitergeführt werden kann, ist die Klage aus § 140 nicht gegeben und eine analoge Anwendung des § 142 angebracht (vergl. Höpker-aschoff in JZ 10, 1077).

123) RG 24, 139; 122, 314; in JW 25, 245; BGH 4, 110; in NJW 57, 873; Hueck S. 282; Schlegelberger Anm. 5 zu § 140; Weipert Anm. 9 zu § 140; Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 140.

124) Ritter Anm. 2 zu § 140.

Sofern die Kläger gleich schwere oder gar noch schwerere Verfehlungen als der Beklagte begangen haben, kann ihnen das Ausschließungsrecht entgegen der Ansicht Ritters auch dann nicht zugesprochen werden, wenn der Beklagte keine Widerklage erhoben hat. Es muß zunächst davon ausgegangen werden, daß ein Obsiegen in dem Rechtsstreit aus § 140 einen gewissen Vorteil für die Kläger darstellt. Auch wenn man berücksichtigt, daß dem Ausgeschlossenen bei gesetzlicher Folgenregelung der volle Wert seines Anteils am "lebenden Unternehmen" ausbezahlt ist, so wird er doch allein wegen der Kostenlast im Rechtsstreit (§ 91 ZPO) benachteiligt. Dies wäre aber bei gleich hohem Verschulden beider Parteien nicht gerechtfertigt. Zudem erscheint es unbillig und als ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn die eine Partei ihren angeblichen Ausschließungsanspruch gegen die andere mit solchen Vorwürfen begründen will, welche gegenüber ihr selbst im mindestens gleichen Maße gerechtfertigt sind. Das Ausschließungsrecht aus § 140 sollte daher stets nur derjenigen Partei zugesprochen werden, welche aus irgendeinem Grunde eine Bevorzugung gegenüber der anderen verdient. Sind keinerlei Anhaltspunkte gegeben, die eine solche Bevorzugung rechtfertigen würden, so kann zur Lösung der unerträglichen Gesellschaftsbindungen nur der Weg der Auflösungsklage beschritten werden.¹²⁵⁾

Überwiegt jedoch das Verschulden der beklagten Partei in einem deutlich erkennbaren Maße gegenüber dem der Kläger, so besteht entgegen der h.M. keine Veranlassung, von der für alle Beteiligten günstigeren Ausschließungsmöglichkeit nicht Gebrauch zu machen und stattdessen auf die weniger vorteilhafte Gesellschaftsauflösung zu verweisen. Es kann nämlich nicht als unbillig empfunden werden, daß diejenige

125) Sofern sämtliche Beteiligten die Gesellschaftsauflösung wünschen, wird die Auflösungsklage überflüssig, da die Auflösung dann durch Beschluß der Gesellschafter (§ 131 Ziff. 2) zustande kommt. Folglich entfielen hier auch die Prozeßkostenlast.

Partei ausgeschlossen wird, welcher die schwereren Vorwürfe zu machen sind und daß der weniger schuldigen Partei dadurch der Vorzug gegeben wird, daß man ihrem im übrigen begründeten Klageantrag entspricht.

Zur Klarstellung sei betont, daß die Ausschließung natürlich nach den vorliegenden Gesamtumständen der Billigkeit entsprechen muß. Diese Frage kann u.U. auch von vorausgegangenen beiderseitigen Verfehlungen abhängig sein. Wenn z.B. in einer OHG kleine Unregelmäßigkeiten bei allen Gesellschaftern an der Tagesordnung gewesen sind, etwa in der Weise, daß private kleinere Einkäufe als "Geschäftsunkosten" verbucht wurden, so wird man der größeren Unredlichkeit eines Gesellschafters nicht das gleiche Gewicht beimessen können, als wenn die übrigen Gesellschafter bis dahin streng korrekt gehandelt hätten. Hier könnte vielmehr infolge der vorangegangenen beiderseitigen Unkorrektheiten die Fortführung der Gesellschaft für alle Beteiligten noch zumutbar sein. Dann wäre aber weder die Klage aus § 140 noch die aus § 133 begründet.¹²⁶⁾

Ist jedoch infolge der gegenseitigen Verfehlungen eine vertrauensvolle Zusammenarbeit unmöglich geworden und erscheint die gemeinsame Gesellschaftsfortführung daher in Zukunft nicht zumutbar, so wäre es nicht gerechtfertigt, die von der weniger schuldigen Partei erhobene Ausschließungsklage unter Hinweis auf § 133 abzuweisen.

Das muß umso eher gelten, als die sonst erforderliche Gesellschaftsauflösung nicht nur für die Kläger, sondern auch gerade für den Beklagten fast immer nachteiligere Folgen haben würde als die Ausschließung. Der Beklagte würde nämlich im Falle einer Gesellschaftsauflösung nicht allein durch die bei der Liquidation regelmäßig zu erwartenden Wertverluste unmittelbar betroffen, sondern ihm würden hier wegen seines größeren Verschuldenmaßes auch höhere Schadensersatzverpflichtungen erwachsen, als ihm umgekehrt eigene Ersatzforderungen gegen die Kläger zustehen würden.¹²⁷⁾

126) Vergl. oben S. 19 und S. 22.

127) Vergl. oben S. 35/36.

Wenn Düringer-Hachenburg demgegenüber die Ansicht vertreten, daß hier kein Gesellschafter von der Chance ausgeschlossen werden dürfe, das Unternehmen nach Auflösung der OHG meistbietend von den Liquidatoren zu ersteigern,¹²⁸⁾ so werden dabei die oben¹²⁹⁾ dargestellten Schwierigkeiten außer Betracht gelassen, die gerade im Falle gegenseitiger Verfehlungen die Geschäfts- und Firmenfortführung nach erfolgter Auflösung erschweren werden. Im übrigen muß auch, wie erwähnt, die Zusprennung des Geschäftsbetriebes an die weniger schuldige Partei als das gerechtere Ergebnis angesehen werden.

Die herrschende Meinung, nach welcher der Ausschließungsklage im Falle beiderseitiger Verfehlungen allenfalls bei ganz unverhältnismäßig überwiegendem Verschulden des Beklagten stattgegeben werden kann, muß daher abgelehnt werden.

Denkbar ist schließlich noch, daß die eine Partei schuldhaft, die andere aber schuldlos einen Ausschließungsgrund herbeigeführt hat. Hier darf nur der unschuldigen Partei die Möglichkeit zum Ausschluß ihres Gegners gewährt werden. Sofern nämlich die schuldigen Gesellschafter unter Berufung auf den schuldlos von der Gegenseite gesetzten Ausschließungsgrund aus § 140 klagen, verstößt ihr Begehren bei Berücksichtigung ihrer eigenen Verfehlungen gegen Treu und Glauben.¹³⁰⁾

Haben dagegen beide Parteien einen unverschuldeten Ausschließungsgrund gesetzt, so kann keine von ihnen die andere ausschließen, da in diesem Fall keine Anhaltspunkte für die Bevorzugung einer Seite gegeben sind. Auch hier bleibt daher nur der Weg der Auflösungsklage offen.

c) Die Rechtslage bei der Liquidationsgesellschaft.

Die Klage aus § 140 wird nach heutiger Auffassung nicht dadurch ausgeschlossen, daß die OHG aufgelöst wird und in Liquidation gerät. Nach allgemeiner Ansicht sind dann jedoch

128) Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 140.

129) Vergl. oben S. 33/34.

130) Vergl. oben S. 62.

besondere Anforderungen an die Voraussetzungen des Ausschließungsgrundes zu stellen.¹³¹⁾ Man könnte daher annehmen, daß hier ein weiterer Fall gegeben sei, in welchem höhere Anforderungen an den Klagegrund aus § 140 als an den aus § 133 gestellt werden müssen.

Zutreffend ist zunächst, daß ein Umstand in der Person des Beklagten, welcher bei einer bestehenden OHG die Auflösung nach § 133 oder auch die Ausschließung nach § 140 rechtfertigen würde, nicht ohne weiteres zur Ausschließung eines Gesellschafters aus der Liquidationsgesellschaft genügt. Wennnleich nämlich die im konkreten Fall vorhandenen Gegebenheiten die Fortsetzung des Unternehmens mit dem Auszuschließenden unzumutbar für die Kläger erscheinen lassen können, so kann eine ordnungsgemäße Auseinandersetzung, die keine gleichermaßen vertrauensvolle Zusammenarbeit erfordert, dennoch möglich sein. Bei der Abwicklung auftretende Schwierigkeiten können zudem fast immer durch die einfacheren Maßnahmen der §§ 146, 147 beseitigt werden.¹³²⁾

Auch dann, wenn durch den Ausschluß des Beklagten nicht die ungestörte Abwicklung, sondern die Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes ermöglicht werden soll, ist die Tatsache, daß sich die Gesellschaft schon in Liquidation befindet, bei der Prüfung des Ausschließungsbegehrens einschränkend zu berücksichtigen. Zu beachten ist hier vor allem, daß die Gesellschafter nach erfolgter Auflösung der OHG zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten nur noch in beschränktem Umfang angehalten werden können und daß dementsprechend ein gesellschaftswidriges Verhalten nicht ohne weiteres die Ausschließung aus der Liquidationsgesellschaft begründen kann.¹³³⁾

131) Vergl. BGH 1, 331 und die hier Zitierten.

132) Die Maßnahmen der §§ 146, 147 würden nur dann nicht ausreichen, wenn ein Gesellschafter bei Zweckmäßigkeit der Veräußerung des gesamten Unternehmens sich grundlos weigern sollte, seine gemäß § 22 Abs. 1 erforderliche Einwilligung zur Firmenfortführung des Erwerbers zu erteilen und dadurch den Veräußerungserlös zum Schaden aller Beteiligten gering halten würde; vergl. OGH 3, 206.

133) Vergl. BGH 1, 331.

Obwohl somit besonders strenge Anforderungen an den Ausschließungsgrund zu stellen sind, wenn sich die OHG bereits in Liquidation befindet, so ist dieser Fall für die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu treffende Abgrenzung doch völlig uninteressant. Die Abwägung, ob der Gesellschaftsauflösung nach § 133 u.U. der Vorzug vor der Ausschließung nach § 140 zu geben ist, kann sich immer nur auf einen konkreten Fall beziehen.¹³⁴⁾

Bei der Liquidationsgesellschaft ist ein entsprechender Vergleich von § 140 zu § 133 aber gar nicht möglich. Da nämlich das Urteil aus § 133 nur eine bestehende OHG auflösen kann und demnach bei einer bereits in Liquidation befindlichen Gesellschaft keine rechtsgestaltende Wirkung erzeugen könnte, fehlt der Auflösungsklage hier das Rechtsschutzinteresse.¹³⁵⁾ Ein mangelndes Rechtsschutzinteresse führt aber nach heute wohl einhelliger Ansicht dazu, daß die Klage durch Prozeßurteil als unzulässig abgewiesen werden muß, so daß es zu keiner sachlichen Prüfung des Klagegrundes kommen kann.¹³⁶⁾ Demnach braucht der Richter, wenn auf Auflösung einer bereits in Liquidation befindlichen OHG geklagt wird, nicht zu prüfen, ob ein wichtiger Grund i.S. des § 133 gegeben ist, sondern er hat die Klage sogleich als unzulässig abzuweisen.¹³⁷⁾

134) Vergl. oben S. 30.

135) Das Rechtsschutzinteresse könnte hier allenfalls für eine Klage auf Feststellung der bereits erfolgten Gesellschaftsauflösung gegeben sein; vergl. §§ 256, 280 ZPO.

136) Vergl. BGH in NJW 60, 435 und die hier Zitierten.

137) Demgegenüber ist zwar in einer Entscheidung des OGH (in NJW 49, 823) ausgeführt, daß bei der Klage aus § 133 nicht zwischen Zulässigkeit und Begründetheit unterschieden werden dürfe und daß hier nur über die Frage des wichtigen Grundes zu entscheiden sei. Dieser Ansicht, die bislang noch keinen Widerspruch gefunden hat (bejahend Baumbach-Duden Anm. 2 A zu § 133), kann aber nicht gefolgt werden. Jede Klage ist vielmehr als unzulässig anzusehen, wenn die sog. allgemeinen Prozeßvoraussetzungen fehlen (vergl. Rosenberg, Zivilprozeßrecht §§ 89, 90). Zu diesen Prozeßvoraussetzungen gehört auch das Rechtsschutzinteresse (vergl. BGH in NJW 60, 435). Das Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses ist vom OGH in der aufgeführten Entscheidung offenbar übersehen worden; denn in dem zugrundeliegenden Fall war die Gestaltungsklage des § 133 infolge eines vertraglich vorgesehenen fristlosen Kündigungsrechts nicht erforderlich.

Hingegen wird das Rechtsschutzinteresse für die Ausschließung eines Gesellschafters aus der schon in Liquidation befindlichen OHG nicht ausgeschlossen, da die übrigen Gesellschafter daran interessiert sein können, die Abwicklung ohne den Beklagten ungestört durchzuführen oder den aktiven Geschäftsbetrieb nach erfolgtem Ausschuß wieder aufzunehmen.¹³⁸⁾ Die Frage, ob der Klage aus § 140 hier stattzugeben ist, hängt allein davon ab, ob trotz der oben gemachten Einschränkungen ein wichtiger Grund zur Ausschließung aus der Liquidationsgesellschaft zu bejahen ist oder nicht. Da dieser Grund aber im konkreten Fall nicht in Relation zu einem Auflösungsgrund i.S. des § 133 gesetzt werden kann, hat die Liquidationsgesellschaft bei der hier vorzunehmenden Prüfung ganz außer Betracht zu bleiben.

Als Ergebnis der Untersuchung, inwieweit entsprechend der Auffassung der h.M. höhere Anforderungen an einen Ausschließungsgrund i.S. des § 140 als an einen persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133 zu stellen sind, läßt sich daher zusammenfassend feststellen:

Eine allgemeine Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung gegenüber der Gesellschafterausschließung ist abzulehnen. Die gegenteilige Tendenz der h.M. kann vor allem nicht mit den Folgen beider Urteile begründet werden; denn die Folgen der Gesellschaftsauflösung nach § 133 sind regelmäßig für alle Beteiligten nicht günstiger als die eines Ausschließungsurteils nach § 140.

Nur in folgenden Fällen erscheint es angebracht, die Klage aus § 140 unter Hinweis auf die Möglichkeit der Auflösungsklage abzuweisen:

- a) Wenn auf Grund besonderer Gegebenheiten - namentlich wegen einer im Gesellschaftsvertrag getroffenen Vereinbarung - die Ausschließung nach § 140 ausnahmsweise nachteiligere

138) Nach der Rechtsprechung ist das Rechtsschutzinteresse einer Klage schon dann zu bejahen, wenn dem Kläger ein vernünftiger Grund für sein Vorgehen zur Seite steht. (Vergl. BGH in NJW 61, 1116).

Folgen für den Beklagten erwarten läßt als eine Gesellschaftsauflösung und wenn diese auch nach den übrigen Gesamtumständen als das billigere Ergebnis erscheint,

oder

- b) wenn die Fortsetzung des Unternehmens nach Ausschluß des Beklagten nicht möglich ist oder von den Klägern nicht beabsichtigt wird und die Klage aus § 140 daher einen unzulässigen Rechtsmißbrauch darstellt,

oder

- c) wenn beide Parteien einen Ausschließungsgrund gesetzt haben und sich keinerlei Anhaltspunkt für eine Bevorzugung der Kläger gegenüber dem Beklagten, z.B. wegen überwiegenden Verschuldens des letzteren, ergeben.

B) Das Verhältnis von § 142 zu § 133.

Nach herrschender Auffassung sind gerade bei einer zweigliedrigen OHG höhere Anforderungen an die "Ausschließung" eines Gesellschafters als an eine Gesellschaftsauflösung nach § 133 zu stellen.¹³⁹⁾ Die h.M. begründet diese Abstufung - ähnlich wie im Verhältnis von § 140 zu § 133 - mit den beiderseitigen Urteilsfolgen. Wie dazu ausgeführt wird, könne die "besonders ungleich stellende" Maßnahme der Ausschließung gerade bei der zweigliedrigen OHG nur mit gewissen Vorbehalten angewandt werden.¹⁴⁰⁾ Es fragt sich daher, ob ein Vergleich der Urteilsfolgen im Verhältnis von § 142 zu § 133 ein anderes Ergebnis zeitigen kann als der oben angestellte Folgenvergleich zwischen § 140 und § 133.

Bezüglich der Folgen eines Übernahmeurteils verweist § 142 Abs. 3 auf die Regeln über das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehrgliedrigen OHG. Daher findet auch hier die Anwachsung nach §§ 738, 740 BGB statt, d.h., das Gesellschaftsvermögen geht ohne Liquidation und actu auf den klagenden Gesellschafter über. Somit bedarf es keiner besonderen Übereignung der einzelnen Gegenstände, insbesondere auch nicht der Auflassung von Gesellschaftsgrundstücken.¹⁴¹⁾ Alleiniger Träger des Gesellschaftsunternehmens ist mit der Rechtskraft des Urteils aus § 142 der obsiegende Kläger. Sämtliche Rechte und Pflichten, die bislang der OHG zustanden, finden ihre Grundlage jetzt in seiner Person. Bezüglich der Rechtsverhältnisse zu Dritten, insbesondere für die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, gilt das gleiche wie bei einem Ausschließungsurteil. Auch hinsichtlich der Beziehungen der Parteien zueinander gelten keine Besonderheiten gegenüber dem Falle des § 140. Der nach § 142

139) Weipert Anm. 5 zu § 142; Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 142; Schlegelberger Anm. 3 zu § 142; Baumbach-Duden Anm. 2 zu § 142; BGH 4, 110.

140) Vergl. Weipert Anm. 5 zu § 142.

141) Westermann, Sachenrecht § 75 III 2a.

verurteilte Gesellschafter hat also die gleichen Ansprüche wie der nach § 140 Ausgeschlossene gegenüber den übrigen Gesellschaftern. Das gilt insbesondere für die Ansprüche auf die Abfindungssumme und auf Schuldbefreiung sowie für die Beteiligung an schwebenden Geschäften und für evtl. Schadensersatzverpflichtungen des Beklagten.¹⁴²⁾

Da im übrigen die Gesellschaftsauflösung nach § 133 bei einer zweigliedrigen OHG die gleichen Folgen hat wie bei einer größeren Gesellschaft, entspricht der zwischen den Urteilsfolgen aus § 142 und § 133 angestellte Vergleich in allen wesentlichen Punkten dem Verhältnis der Urteilsfolgen von § 140 zu § 133. Folglich stellt das Übernahmeurteil ebensowenig wie das Ausschlussurteil eine allgemein härtere Maßnahme als die Gesellschaftsauflösung nach § 133 dar. Vielmehr verhilft auch das Übernahmeurteil dazu, daß das lohnenswerte Gesellschaftsunternehmen erhalten bleibt und nicht liquidiert wird. Auch hier kommen bei gesetzlicher Folgenregelung die Vorteile der Geschäftserhaltung sowohl dem Kläger als auch gerade dem Beklagten zugute. Der letztere erhält nämlich in der Regel eine höhere Abfindung als die im Falle einer Auflösung nach § 133 zu erwartende Liquidationsquote. Ferner braucht er keine entsprechend hohen Ersatzansprüche des anderen Gesellschafters wegen der bei einer Liquidation entstehenden Verluste zu befürchten.¹⁴³⁾ Eine allgemeine Bevorzugung der Gesellschaftsauflösung nach § 133 gegenüber einem Übernahmeurteil nach § 142 läßt sich daher aus den beiderseitigen Urteilsfolgen nicht rechtfertigen. Ebensowenig sind andere Gesichtspunkte für eine derartige allgemeingültige Abstufung gegeben.

Allerdings sind - ebenso wie bei der Ausschlussklage - gewisse Ausnahmefälle denkbar, in denen die Übernahmeklage trotz Vorliegens eines persönlichen Auflösungsgrundes unbegründet sein kann. Entsprechend den obigen Ausführungen

142) Vergl. oben S. 46 ff.

143) Vergl. oben S. 49.

kann dies zutreffen, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag nur eine sehr niedrige Abfindung an den nach § 142 verurteilten Gesellschafter zu zahlen ist¹⁴⁴⁾ und daher ausnahmsweise die Erwartung besteht, daß die Gesellschaftsauflösung ein günstigeres Ergebnis für den Beklagten mit sich bringen würde als die Geschäftsübernahme nach § 142,¹⁴⁵⁾ oder auch, wenn der Kläger zur Geschäftsfortführung nicht bereit oder nicht in der Lage ist und seine Klage daher einen unzulässigen Rechtsmißbrauch darstellt.¹⁴⁶⁾ Gleichfalls muß eine Übernahmeklage - gegebenenfalls unter Hinweis auf § 133 - abgewiesen werden, wenn beide Gesellschafter Verfehlungen begangen haben und dem Beklagten kein überwiegendes Verschulden nachzuweisen ist.¹⁴⁷⁾

Über diese, bei der Ausschließungsklage bereits aufgeführten Fälle hinaus sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die bei der zweigliedrigen OHG eine Bevorzugung der Auflösung nach § 133 gegenüber der Geschäftsübernahme nach § 142 rechtfertigen würden. Daher muß die h.M., nach welcher grundsätzlich höhere Anforderungen an die Voraussetzungen eines Übernahmegrundes als an die eines persönlichen Auflösungsgrundes zu stellen sind, in dieser allgemeinen Formulierung abgelehnt werden.

144) Bezüglich der Möglichkeit einer abweichenden Folgenvereinbarung im Gesellschaftsvertrag gilt für § 142 dasselbe wie für § 140; vergl. oben S. 53 ff.

145) Vergl. oben S. 52 und 56.

146) Vergl. oben S. 58 ff.

147) Vergl. oben S. 61 ff.

C) Das Verhältnis von § 142 zu § 140.

Bei der Überprüfung der h.M. ist noch zu untersuchen, in welchem Verhältnis der Übernahmegrund i.S. des § 142 zum Ausschließungsgrund i.S. des § 140 steht. Entgegen dem Gesetzeswortlaut, der in § 142 ohne Einschränkung auf die Voraussetzungen des § 140 verweist, fordert die herrschende Auffassung - wie schon erwähnt -, daß an einen Übernahmegrund noch strengere Anforderungen zu stellen seien als an einen Ausschließungsgrund i.S. des § 140.¹⁴⁸⁾ Begründet wird diese Auffassung damit, daß bei einer größeren OHG das Interesse eines einzelnen Gesellschafters u.U. hinter das der Mehrheit der Gesellschafter zurücktreten müsse, während dieser Gesichtspunkt bei einer aus nur zwei Personen bestehenden OHG nicht gegeben sein könne.¹⁴⁹⁾

Es fragt sich daher, ob eine derartige Abstufung der beiden Klagegründe in allen Fällen zutreffend erscheint, d.h. also, ob wegen der mit der Person eines Gesellschafters verknüpften Umstände eine Ausschließung nach § 140 möglich ist, obgleich ein Übernahmehurteil nach § 142 hier nicht in Frage käme.

Zu dieser Frage ist zunächst zu bemerken, daß jeder Vergleich zwischen den beiden Klagegründen aus §§ 140, 142 eigentlich hinkt, da er niemals - wie es nach den obigen Ausführungen erforderlich ist¹⁵⁰⁾ - auf einen konkreten, praktischen Fall bezogen werden kann. Die beiden Klagen schließen sich nämlich gegenseitig aus, da die eine nur bei einer zweigliedrigen OHG, die andere nur bei einer größeren Gesellschaft zulässig ist. Ein Vergleich des Übernahmegrundes mit einem Klagegrund i.S. des § 140 läßt sich aber theoretisch anstellen, indem man in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut des § 142 fragt, ob der in der Person des einen Gesellschafters liegende Umstand die Ausschließung desselben

148) Vergl. die oben S. 69 in Fußnote 139 Genannten.

149) Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 142; Schlegelberger Anm. 3 zu § 142.

150) Vergl. oben S. 30.

nach § 140 begründen würde, wenn nicht nur ein, sondern noch mehrere andere Gesellschafter vorhanden wären. Man könnte diese Frage z.B. stellen, wenn der auszuschließende Gesellschafter eine bestimmte Verfehlung begangen hat.

In besonderen Fällen kann die hier aufgeworfene Frage aus Gründen der Billigkeit durchaus zu bejahen sein. Wenn z.B. ein Gesellschafter aus einer 10-Mann-OHG ausgeschlossen werden soll, weil eine Zusammenarbeit mit ihm nicht länger zumutbar ist, so können das Interesse der neun anderen Gesellschafter an der Unternehmenserhaltung und die denselben sonst drohenden Schädigungen schwerer wiegen, als wenn diese Faktoren nur in Bezug auf einen anderen Gesellschafter zu berücksichtigen wären. Die Verfehlungen eines Gesellschafters können dessen Ausschließung aus einer größeren OHG im Einzelfall also billig erscheinen lassen, obgleich bei entsprechenden Verfehlungen des einen Gesellschafters einer zweigliedrigen OHG ein Übernahmemeurteil zugunsten des anderen nicht gerechtfertigt wäre.

Andererseits kann jedoch die bloße Tatsache, daß die Kläger die Majorität innehaben, nicht in allen Fällen wesentlich für die Zuerkennung des Ausschließungsrechts sein; denn das Recht ist keine Frage von Mehr- oder Minderheitsverhältnissen. Insoweit ist auch der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, der durch die Fassung des § 142 zum Ausdruck gebracht hat, daß er einem entsprechenden Mehrheitsverhältnis keine besondere Bedeutung beilege. Wie weiter unten noch ausgeführt werden wird,¹⁵¹⁾ kann im Einzelfall umgekehrt auch ein Übernahmemeurteil eher möglich sein als eine Ausschließung nach § 140. Daher sind an die Voraussetzungen eines Übernahmemeurteils i.S. des § 142 nicht allgemein höhere Anforderungen als an einen Ausschließungsgrund i.S. des § 140 zu stellen. Vielmehr ist - ähnlich wie im Verhältnis von § 142 zu § 133 - eine solche Abstufung nur in besonderen Fällen angebracht.

151) vergl. unten S. 88/89.

Zusammengefaßt läßt sich daher feststellen, daß die von der h.M. aufgestellte Rangfolge der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 zwar in Einzelfällen begründet sein kann, in dieser allgemeinen Formulierung aber nicht gerechtfertigt ist.

III. Besteht die Möglichkeit, eine andere als die von der h.M. geforderte Abstufung der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 vorzunehmen?

Nachdem im vorausgehenden Abschnitt die von der herrschenden Auffassung geforderte "Rangordnung" der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 in kritischer Weise untersucht wurde, sei nunmehr geprüft, ob im Einzelfall nicht eine gegenteilige Abstufung zwischen den genannten drei Klagegründen vorgenommen werden kann. Hierbei sei zunächst wieder das Verhältnis der Ausschließung nach § 140 zur Gesellschaftsauflösung nach § 133 erörtert.

A) Das Verhältnis von § 140 zu § 133.

Die Frage, ob die in der Person eines Gesellschafters liegenden Umstände dessen Ausschließung nach § 140 auch dann ermöglichen können, wenn in dem konkreten Fall ein wichtiger Grund zur Gesellschaftsauflösung nach § 133 nicht gegeben ist, wird im bisherigen Schrifttum - sofern überhaupt dazu Stellung genommen ist - nahezu einhellig verneint.¹⁵²⁾ In der Rechtsprechung ist eine solche Möglichkeit, soweit ersichtlich, ebenfalls noch nicht anerkannt worden. Demzufolge können nach der h.M. die Voraussetzungen eines Ausschließungsgrundes i.S. des § 140 wohl enger, aber niemals weiter gefaßt werden als die eines persönlichen Auflösungsgrundes i.S. des § 133, mit anderen Worten also, der Auflösungsgrund wird als der umfassendere Begriff angesehen.

Im ersten Abschnitt dieser Untersuchung ist jedoch bereits ausgeführt worden, daß eine unterschiedliche Würdigung der

152) Vergl. u.a. Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 140; Alexander-Katz in ZHR 70, 85; Ritter Anm. 2 zu § 140; Hueck S. 282; Schlegelberger Anm. 2 zu § 140; Baumbach-Duden Anm. 2 B zu § 140; Heymann-Kötter Anm. 1 zu § 140; Neufeld-Schwarz Anm. 4 zu § 140; vergl. Gierke S. 219; und Schumann S. 260. Lediglich Weipert scheint in Anm. 16 (2. Abs.) zu § 133 eine solche Möglichkeit einräumen zu wollen, während er jedoch in Anm. 3 zu § 140 den gegenteiligen Standpunkt vertritt.

genannten beiden Klagegründe trotz des für eine völlige Identität sprechenden Gesetzeswortlauts (§ 140) insoweit möglich und gerechtfertigt ist, als die Billigkeit dies erfordert. Wenn danach in Übereinstimmung mit der h.M. eine entsprechende Abweichung vom Wortlaut des § 140 dahingehend möglich ist, daß an den Ausschließungsgrund schärfere Anforderungen gestellt werden als an einen persönlichen Auflösungsgrund i.S. des § 133, so ist auch kein Grund dafür ersichtlich, eine in entgegengesetzte Richtung zielende Differenzierung prinzipiell abzulehnen. Vielmehr muß es wegen des gesetzgeberischen Motivs, eine im Einzelfall billige Entscheidung zu treffen, entgegen der h.M. auch möglich sein, der Ausschließung nach § 140 den Vorzug vor einer Gesellschaftsauflösung nach § 133 zu geben, sofern die Billigkeit dies verlangt. Es fragt sich daher, welche Billigkeitserwägungen im konkreten Fall für eine derartige Abstufung sprechen können.

1) Können die unterschiedlichen Urteilsfolgen der Ausschließung nach § 140 und der Gesellschaftsauflösung nach § 133 im Einzelfall eine Bevorzugung der ersteren Maßnahme rechtfertigen?

Wie bereits ausgeführt, können die unterschiedlichen Urteilsfolgen der §§ 133, 140 es billig erscheinen lassen, eine aus § 140 erhobene Klage unter Hinweis auf die Möglichkeit des § 133 abzuweisen. Das kann, wie dargelegt, dann gerechtfertigt sein, wenn die Auflösung nach § 133 ausnahmsweise ein günstigeres Ergebnis für den beklagten Gesellschafter verspricht als die Ausschließung nach § 140.¹⁵³⁾ Es fragt sich nunmehr, ob die aus § 133 und § 140 jeweils zu erwartenden Folgen im Einzelfall nicht auch für eine Bevorzugung der Gesellschafterausschließung gegenüber der Gesellschaftsauflösung sprechen können. Voraussetzung dafür wäre, daß in dem konkreten Fall ein Ausschlößungsurteil günstigere Folgen für wenigstens einen der Beteiligten mit sich bringen könnte als ein Urteil aus § 133.

¹⁵³⁾ Vergl. oben S. 56.

Der oben bereits dargestellte Folgenvergleich der beiden Urteile zeigt dazu einmal, daß die gesetzlichen Folgen eines Ausschlößungsurteils für die aus § 140 klagenden Gesellschafter fast immer vorteilhafter sind als die einer Gesellschaftsauflösung nach § 133. Im Falle eines Ausschlößungsurteils bleibt diesen Gesellschaftern nämlich die Existenzgrundlage in dem fortzuführenden Unternehmen erhalten, während mit der Auflösung nach § 133 regelmäßig die Unternehmenseinheit vernichtet wird.¹⁵⁴⁾ Bezüglich der dadurch entstehenden Schäden können die vertragstreuen Gesellschafter zwar von einem schuldigen Beklagten Schadensersatz begehren.¹⁵⁵⁾ Da aber die Befriedigung dieser Ersatzansprüche nicht immer gesichert ist und zudem häufig ein neuer Rechtsstreit darüber erforderlich werden würde, werden die vertragstreuen Gesellschafter durch eine Gesellschaftsauflösung in aller Regel schlechter gestellt als durch die Ausschlößung des schuldigen Gesellschafters.

Auf der anderen Seite kann ein Urteil aus § 140 aber auch für den auszuschlößenden Gesellschafter selbst vorteilhafter als die Gesellschaftsauflösung sein. Dafür sprechen bei Zugrundelegung der gesetzlichen Bestimmungen folgende Gesichtspunkte, die auch bei abweichender Folgenregelung des Gesellschaftsvertrages in mehr oder weniger großem Maße vorliegen können:

- a) Das nach ergangenem Ausschlößungsurteil an den verurteilten Gesellschafter zu zahlende Abfindungsguthaben ist regelmäßig höher als die nach erfolgtem Auflösungsurteil und anschließender Liquidation übrigbleibende Liquidationsquote; denn das Abfindungsguthaben wird von dem lebenden Geschäftswert unter Nichtberücksichtigung der bei einer Liquidation eintretender Schäden berechnet.¹⁵⁶⁾

154) Vergl. oben S. 50.

155) Vergl. oben S. 49.

156) Vergl. oben S. 47/48.

- b) Das Abfindungsguthaben wird bereits mit Fertigstellung der Abschichtungsbilanz fällig und ist zudem mit 5 % vom Tage der Klageerhebung an zu verzinsen. Die Liquidationsquote wird dagegen regelmäßig später ausbezahlt, da zunächst sämtliche Geschäfte abgewickelt werden müssen. Eine Verzinsung der Quote von einem früheren Zeitpunkt an ist nicht erzwingbar.¹⁵⁷⁾
- c) Die Beteiligung an den laufenden Geschäften, die dem vertragsbrüchigen Gesellschafter sowohl bei der Verurteilung aus § 140 als auch bei der aus § 133 zukommt, ist im ersteren Falle meist vorteilhafter, da die Geschäftsentwicklung im Rahmen einer fortbestehenden Erwerbsgesellschaft größeren Profit verspricht als bei einer Abwicklungsgesellschaft.¹⁵⁸⁾
- d) Bei schuldhaftem Verhalten des Beklagten begründen die durch eine Gesellschaftsauflösung und Unternehmensliquidation normalerweise eintretenden Schäden entsprechende Ersatzansprüche der Kläger, die bei einer Ausschließung kaum in gleicher Höhe gegeben sein können.¹⁵⁹⁾

Da somit die Ausschließung eines vertragsbrüchigen Gesellschafters oftmals für alle Beteiligten vorteilhafter als die Gesellschaftsauflösung ist, fragt es sich, ob und wann dieser Umstand die Bevorzugung der erstgenannten Maßnahme rechtfertigen kann.

In der Praxis wäre z.B. der folgende Fall möglich:

Eine OHG besteht aus den Gesellschaftern A, B, C und D. Der Gesellschafter A hat schwere Verfehlungen begangen, die eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ihm unmöglich erscheinen lassen. B und C wollen nun die Ausschließung des A nach § 140 betreiben und bitten daher den D,

157) Vergl. oben S. 48/49.

158) Vergl. oben S. 46/47.

159) Vergl. oben S. 49.

zusammen mit ihnen gegen A zu klagen.¹⁶⁰⁾ D, welcher schon seit langem die Bindungen des Gesellschaftsvertrages als lästig empfindet, sieht jedoch eine willkommene Gelegenheit, sich von dem Vertrag zu lösen. Er klagt daher auf Auflösung der OHG, wobei er als Klagegrund die Verfehlungen des A angibt. Da die Auflösungsklage grundsätzlich gegen alle Gesellschafter zu richten ist, die sich an der Klage nicht aktiv beteiligen wollen,¹⁶¹⁾ verklagt D nicht nur den A, sondern auch die vertragstreuen Gesellschafter B und C. Die beiden letzteren berufen sich nun darauf, daß A nach § 140 ausgeschlossen werden könne und daß dadurch der Auflösungsgrund von selbst entfalle. Sie machen weiter geltend, daß sie durch die Auflösung der OHG und die danach zu erwartende Unternehmensliquidation schwere Schäden erleiden würden und daß insoweit keine Aussicht bestehe, von dem vermögenslosen A ausreichenden Schadensersatz erhalten zu können.

In einem derartigen Fall dürften keine Bedenken dagegen bestehen, die Klage aus § 133 unter Hinweis auf die Möglichkeit eines Ausschlößungsurteils abzuweisen, wenn die

¹⁶⁰⁾ Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 140 ist die Ausschlößungsklage von allen übrigen nichtauszuschließenden Gesellschaftern zu erheben. Der Sinn der Vorschrift ist darin zu erblicken, daß die erstrebte Gesellschaftsfortsetzung nicht durch die Uneinigkeit der übrigen Gesellschafter vereitelt werden soll (RG 146, 173).

Von dem Erfordernis des gemeinsamen Klageantrags aller nichtverklagten Gesellschafter kann nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn ein oder mehrere Gesellschafter sich nach Ausschluß des Beklagten nicht mehr an der OHG beteiligen wollen und ihren freiwilligen Austritt für den Fall eines ergehenden Ausschlößungsurteils erklären (RG a.a.O.).

¹⁶¹⁾ Mit der h.M. ist von diesem Grundsatz allerdings eine Ausnahme zu machen, wenn sich ein Gesellschafter bindend gegenüber dem Gericht mit der Gesellschaftsauflösung einverstanden erklärt; denn dann besteht kein Grund, diesen Gesellschafter gegen seinen Willen in den Prozeß hineinzuziehen (BGH in NJW 58, 418; Weipert Anm. 18 zu § 133; Schlegelberger Anm. 19 zu § 133; Hueck S. 242; a.A. Düringer-Hachenburg Anm. 10 zu § 133).

Folgen des beantragten Auflösungsurteils für den vertrags-treuen Teil der beklagten Gesellschafter unzumutbar er-scheinen und die Ausschließung des schuldigen Gesellschaf-ters unter Berücksichtigung der Interessen sämtlicher Be-teiligten als das billigere Ergebnis angesehen werden muß.- Zwar kann die Möglichkeit einer Ausschließung nach § 140 nicht ohne weiteres die Abweisung der erhobenen Auflösungs-klage begründen. Dem aus § 133 klagenden Gesellschafter darf nämlich die Trennung von allen Gesellschaftern nicht allein deswegen verwehrt werden, weil einige von diesen vertragstreu geblieben sind. Das folgt schon aus dem Wort-laut des § 133 Abs. 2, der einen wichtigen Grund beispiels-weise annimmt, wenn nur ein anderer Gesellschafter seine wesentlichen Verpflichtungen verletzt hat. Weiter kann es dem Kläger der Auflösungsklage auch nicht immer zugemutet werden, sich an einer anders als ursprünglich zusammenge-setzten Gesellschaft zu beteiligen, wie es nach erfolgter Ausschließung zu geschehen hätte.¹⁶²⁾ Der Fall kann ja z.B. so gelagert sein, daß der aus § 133 klagende Gesellschafter an einer Fortführung der OHG ohne Mitwirkung des jetzt ver-tragsbrüchigen Beklagten nicht weiter interessiert ist.- Bei der Abwägung aller Umstände und Billigkeitsgründe kön-nen jedoch die Interessen der aus § 133 verklagten vertrags-treuen Gesellschafter an der Erhaltung des Unternehmens ge-genüber denen des Klägers an der Auflösung der OHG überwie-gen. Da diese Interessen der vertragstreuen Beklagten bei einer Ausschließung des schuldigen Gesellschafters aber ge-wahrt würden, kann hier ein Urteil nach § 140 ergehen, ob-wohl ein Auflösungsgrund i.S. des § 133 nicht gegeben ist. Zu dem gleichen Ergebnis kann u.U. auch die Berücksichti-gung der Interessen des schuldigen Beklagten führen. Es wä-re z.B. denkbar, daß in dem geschilderten Fall die vertrags-treuen Gesellschafter B, C. und D gegen den schuldigen

162) Vergl. Schlegelberger Anm. 34 zu § 133.

Gesellschafter A gemeinsam nach § 133 vorgehen. Eine Ausschließung des A lehnen sie aus bestimmten Gründen ab, sei es, weil sie an einer ohne Beteiligung des A fortzuführen- den OHG nicht interessiert sind, sei es vielleicht auch, weil sie den mit ihnen verfeindeten Beklagten nach erfolgter Auflösung mit hohen Schadensersatzforderungen aus den zu erwartenden Liquidationsverlusten überziehen wollen.

Bei einer derartigen Klage könnte der vertragsuntreue Beklagte geltend machen, daß er durch die beantragte Gesellschaftsauflösung schwer benachteiligt werde und daß er durch seine Ausschließung nach § 140, die auch für die Kläger billig erscheine, besser gestellt werde.

Es ist nicht einzusehen, warum hier nicht auch die für den vertragsuntreuen Beklagten zu erwartenden negativen Folgen der Gesellschaftsauflösung zu einer Abweisung der aus § 133 erhobenen Klage führen können und die Kläger hier nicht auf den Weg der für alle zumutbaren Klage aus § 140 hingewiesen werden sollen.¹⁶³⁾ Das muß aus den gleichen Billigkeitsgründen möglich sein, die im umgekehrten Fall eine Abweisung der Ausschließungsklage unter Verweisung auf die Klage aus § 133 ermöglichen.¹⁶⁴⁾

Es wäre allerdings unsinnig, die erhobene Auflösungsklage nur wegen der für den Beklagten objektiv günstigeren Folgen eines Ausschließungsurteils abzuweisen, wenn feststeht, daß der Beklagte die Gesellschaftsauflösung nach § 133 dennoch subjektiv bevorzugen würde, z.B., weil er in der Ausschließung (zu Unrecht) eine Strafmaßnahme erblickt. Die Berücksichtigung der Interessen des Beklagten darf also nicht dazu führen, daß man diesem eine objektiv günstigere Lösung gegen seinen Willen aufzwingt.

163) Bei allseitigem Einverständnis über das freiwillige Ausscheiden des vertragsuntreuen Gesellschafters würde sich die Ausschließungsklage zudem erübrigen.
164) Vergl. oben S. 52 und 56.

Auf der anderen Seite müssen bei der Abwägung, ob nicht die Ausschließung des Beklagten ein angemesseneres Ergebnis als die Gesellschaftsauflösung darstellt, auch die für die Kläger in beiden Fällen zu erwartenden Folgen berücksichtigt werden. Wie schon erwähnt, ist diesen z.B. nicht immer zuzumuten, sich an einer anders als ursprünglich zusammengesetzten OHG zu beteiligen. Wenn jedoch die Interessen der Kläger auch durch die Ausschließung des vertragsbrüchigen Gesellschafters gebührend gewahrt würden und wenn dieser einer Ausschließung nach § 140 wegen der für ihn günstigeren Folgen den Vorzug geben würde, so muß hier die Abweisung der Auflösungsklage möglich sein, obwohl ein Ausschließungsgrund in der Person des Beklagten gegeben ist.

Somit können die unterschiedlichen Folgen der Urteile aus §§ 133, 140 im Einzelfalle eine Bevorzugung der Gesellschafterausschließung gegenüber der Gesellschaftsauflösung ebenso rechtfertigen, wie die Berücksichtigung dieser Folgen in anders gelagerten Fällen zum umgekehrten Ergebnis führen kann.

- 2) Sind weitere Fälle denkbar, in denen die Gesamtumstände eine Ausschließung nach § 140 rechtfertigen, obwohl die Gesellschaftsauflösung nach § 133 nicht erfolgen könnte?

Abgesehen davon, daß die im Einzelfall voraussichtlich günstigeren Folgen der Ausschließung nach § 140 zur Abweisung einer erhobenen Auflösungsklage führen können, könnten noch weitere Fälle denkbar sein, bei denen die Voraussetzungen eines Ausschließungsgrundes i.S. des § 140 zu bejahen, die eines Auflösungsgrundes i.S. des § 133 aber zu verneinen sind.

Zu einem solchen Ergebnis könnte z.B. der Umstand führen, daß nach der gesetzlichen Regelung der §§ 131 Ziff. 6, 132 die OHG von jedem Gesellschafter zum Schluß des Geschäftsjahres mit 6-monatiger Frist gekündigt und dadurch zur Auflösung gebracht werden kann.¹⁶⁵⁾ Diese Kündigungsmöglichkeit

165) Die ordentliche Kündigungsfrist kann allerdings durch den Gesellschaftsvertrag verlängert sein (vergl. Baumbach-Duden Anm. 3 B zu § 132).

kann u.U. die Abweisung einer erhobenen Auflösungsklage rechtfertigen, da den klagenden Gesellschaftern die Fortsetzung der OHG vielfach bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten sein wird und die sofortige Auflösung der Gesellschaft durch Urteilsspruch dann nicht erforderlich erscheint.¹⁶⁶⁾ Wenn z.B. in einer OHG verschiedene Gesellschafter gegen einen Mitgesellschafter aus § 133 klagen, weil dieser infolge hohen Alters nicht mehr genügend mitarbeiten kann, so wird man die Kläger vielleicht auf die für alle zumutbare und zugleich billigere Kündigungsmöglichkeit des § 132 hinweisen und die erhobene Auflösungsklage dementsprechend als unbegründet abweisen.¹⁶⁷⁾ Dieses Ergebnis erscheint deswegen gerechtfertigt, weil die Kläger mit der ordentlichen Kündigung die Auflösung der OHG ebenfalls erreichen können und hierbei allenfalls etwas später zum Ziele kommen werden.

Würden die Kläger hier dagegen aus § 140 auf Ausschließung des arbeitsunfähigen Gesellschafters klagen, so könnten ihrem Klageanspruch keine ähnlichen Einwendungen entgegengesetzt werden. Die Ausschließung eines OHG-Gesellschafters kann gegen dessen Willen von den übrigen Gesellschaftern nach der gesetzlichen Regelung nämlich nur durch Klage und gerichtlichen Entscheid, nicht aber durch eine befristete

166) Hueck S. 239; Schlegelberger Anm. 3 zu § 133.

167) Hier kann die Klage nicht etwa mangels Rechtsschutzinteresses als unzulässig abgewiesen werden; denn das Rechtsschutzinteresse könnte nur entfallen, wenn durch die Kündigung dasselbe Ergebnis wie durch ein Auflösungsurteil erzielt würde, nämlich die sofortige Gesellschaftsauflösung. Allerdings könnte man die Klageerhebung aus § 133 auch als ordentliche Kündigungs-erklärung auslegen. Wenn die Kündigungsfrist dann während des noch schwebenden Rechtsstreits abliefe, so entfielen damit das Rechtsschutzinteresse der Auflösungsklage noch nachträglich. Zur Vermeidung der Klageabweisung (als unzulässig) bliebe dem Kläger dann nur die Möglichkeit, die Hauptsache für erledigt zu erklären und über die Prozeßkosten durch Beschluß nach § 91a ZPO entscheiden zu lassen.

Kündigung herbeigeführt werden.¹⁶⁸⁾ Eine Abweisung der Ausschließungsklage unter Hinweis auf die Möglichkeit der Kündigung nach § 132 wäre hier nicht gerechtfertigt, da die Kündigung nur zu einem für die Kläger nicht erstrebten Ergebnis führen kann, nämlich zur Auflösung der OHG und damit im Zweifelsfalle auch zur Liquidierung des Unternehmens. Somit erscheint es auch für diesen Fall unbedenklich, daß der erhobenen Ausschließungsklage stattgegeben werden kann, obwohl die Kläger mit einer Klage aus § 133 nicht durchdringen könnten.

Als weiteres Beispiel dafür, daß einer Ausschließung nach § 140 u.U. der Vorzug vor einer Gesellschaftsauflösung nach § 133 gegeben werden kann, sei folgender Fall genannt: Eine OHG besteht aus den Gesellschaftern A, B, C und D. Der Gesellschafter A wird schwer krank und ist daher zur Mitarbeit nicht mehr fähig. Die Gesamtumstände sind so gelagert, daß eine von A allein erhobene Auflösungsklage begründet wäre.¹⁶⁹⁾ Ebenso müßte nach den Gesamtumständen auch einer von den übrigen Gesellschaftern B, C und D erhobenen Ausschließungsklage stattgegeben werden. Jetzt aber klagen beide Seiten durch Klage und Widerklage gegeneinander, nämlich A aus § 133 sowie B, C und D aus § 140.

Hier kann nicht etwa der Klage und der Widerklage gleichzeitig stattgegeben werden; denn durch ein Urteil aus § 133

168) Durch den Gesellschaftsvertrag kann jedoch bestimmt werden, daß die Ausschließung eines Gesellschafters in Abweichung von der gesetzlichen Regelung durch einfache Erklärung der übrigen Gesellschafter bzw. durch entsprechenden Mehrheitsbeschluß erfolgen kann (vergl. BGH in NJW 60, 625).

169) Dagegen, daß ein Gesellschafter sich bei der Klage aus § 133 auch auf einen "wichtigen Grund" stützen kann, der in seiner eigenen Person gegeben ist, bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Nur dann, wenn dieser Grund absichtlich gesetzt worden wäre, um damit die Auflösungsklage begründen zu können, so könnte dem Kläger die Einrede der Arglist entgegengesetzt werden (vergl. Weipert Anm. 5 zu § 133).

soll die Auflösung, durch ein Ausschlussurteil nach § 140 aber die Fortsetzung der OHG ermöglicht werden. Auf der anderen Seite wäre aber auch die Abweisung beider Klagen nicht gerechtfertigt; denn sie würde die Beteiligten zu einer für alle unzumutbaren und von keiner Seite gewünschten Gesellschaftsfortsetzung zwingen. Als einzig brauchbare Lösung erscheint daher die Wahl der billigeren Maßnahme durch den Richter. Als billigere Maßnahme wird jedoch regelmäßig die Ausschlussung nach § 140 in Frage kommen, da sie für alle Beteiligten das wirtschaftlich vorteilhaftere Ergebnis mit sich bringt. Daher müßte auch in diesem Fall das Vorliegen eines Ausschlussgrundes i.S. des § 140 bejaht, das eines Auflösungsgrundes i.S. des § 133 aber verneint werden.

Nach alledem können - je nach den Umständen des Einzelfalles - an die Voraussetzungen eines Ausschlussgrundes i.S. des § 140 nicht nur höhere, sondern entgegen der h.M. auch ebensogut geringere Anforderungen zu stellen sein als an die eines persönlichen Auflösungsgrundes i.S. des § 133.

B) Das Verhältnis von § 142 zu § 133.

Nachdem klargestellt wurde, daß der Ausschließungsgrund i.S. des § 140 u.U. weitere Voraussetzungen haben kann als ein persönlicher Auflösungsgrund i.S. des § 133, fragt es sich, inwieweit dies auch für einen Übernahmegrund i.S. des § 142 gilt.

Wie oben ausgeführt, kann es bei einer größeren OHG gerechtfertigt sein, eine erhobene Auflösungsklage unter Hinweis auf die Möglichkeit des § 140 abzuweisen, wenn außer dem schuldigen Gesellschafter auch vertragstreue Mitgesellschafter verklagt werden, deren berechtigtes Interesse an der Fortführung des Betriebes gegenüber dem Auflösungsinteresse des Klägers überwiegt.¹⁷⁰⁾ Bei einer zweigliedrigen OHG kann eine derartige Interessenabwägung hingegen nicht stattfinden, da hier nur ein Beklagter vorhanden ist, der sowohl bei einem Urteil aus § 133 als auch bei einem Übernahmeverteil aus § 142 seine Geschäftsbeteiligung verlieren würde.

Jedoch können auch hier die Vermögensinteressen des vertragsuntreuen Beklagten berücksichtigt werden, wenn der Kläger aus § 133 klagt und eine Geschäftsübernahme nach § 142 vorteilhafter für den Beklagten erscheint. Denkbar wäre z.B., daß nach der Regelung des Gesellschaftsvertrages der beklagte Gesellschafter bei einem Urteil aus § 133 erheblich schlechter gestellt würde als bei einer Geschäftsübernahme durch den Kläger.¹⁷¹⁾ Wenn auch diesem dann die Geschäftsübernahme ohne weiteres zuzumuten wäre und er insbesondere zur Zahlung der Abfindungssumme an den Beklagten leicht in der Lage wäre, so bestünden keine Bedenken dagegen, die erhobene Auflösungsklage unter Hinweis auf § 142 abzuweisen.¹⁷²⁾

Das Entsprechende muß möglich sein, wenn die auf Verfehlungen des beklagten Gesellschafters gestützte Auflösungsklage

170) Vergl. oben S. 78 ff.

171) Über die Möglichkeit entsprechender Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages siehe oben S. 71, Fußnote 144.

172) Vergl. oben S. 80 ff.

nur deswegen unbegründet ist, weil die OHG durch Kündigung des Klägers ohnehin in Kürze aufgelöst werden kann. Der im gleichen Fall erhobenen Übernahmeklage stünde kein ähnlicher Einwand entgegen, da die liquidationslose Geschäftsübernahme nach der gesetzlichen Regelung nur auf dem Wege des § 142 erzielt werden kann.¹⁷³⁾

Ebenfalls kann bei der zweigliedrigen OHG eine für sich allein begründete Auflösungsklage abgewiesen werden, wenn die vom Beklagten im Wege der Widerklage beantragte Geschäftsübernahme ebenfalls begründet ist und außerdem als das billigere Ergebnis erscheint.¹⁷⁴⁾

Demnach kann auch der Übernahmegrund i.S. des § 142 weitere Voraussetzungen haben als ein Auflösungsgrund i.S. des § 133.

173) Vergl. oben S. 82 ff.

174) Vergl. oben S. 84/85.

C) Das Verhältnis von § 142 zu § 140.

Es fragt sich schließlich noch, ob an die Voraussetzungen eines Übernahmegrundes evtl. auch geringere Anforderungen gestellt werden können als an die eines Ausschließungsgrundes i.S. des § 140. Die entgegengesetzte Möglichkeit wurde deswegen bejaht, weil das Interesse mehrerer Kläger an der Unternehmenserhaltung manchmal schwerer wiegt als das eines einzelnen.¹⁷⁵⁾

Andererseits sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Ausschließung eines Gesellschafters aus einer nur zweigliedrigen OHG billig erscheint, während die Ausschließung dieses Gesellschafters aus einer größeren Gesellschaft nicht zu rechtfertigen wäre. Eine solche Differenzierung kann vor allem deswegen angebracht sein, weil die in der Person eines Gesellschafters liegenden Nachteile manchmal eher in einer größeren OHG zu ertragen sind als in einer aus nur zwei Personen bestehenden Gesellschaft. Wenn beispielsweise ein Gesellschafter infolge hohen Alters nicht mehr voll arbeitsfähig ist, so wird sein Ausfall für eine zweigliedrige Gesellschaft regelmäßig schädlicher sein als für eine aus 10 Personen bestehende OHG; denn hier würde sich die erforderliche Mehrarbeit, die allen Beteiligten zugute käme, nicht auf einen, sondern auf 9 Mitgesellschafter verteilen. Es bestehen folglich keine Bedenken dagegen, daß die mangelnde Arbeitsfähigkeit eines Gesellschafters bei einer zweigliedrigen OHG die Klage aus § 142 für den anderen Gesellschafter begründen kann, während bei einer größeren OHG die sonst gleichgelagerten Gesamtumstände eine Ausschließung nach § 140 nicht rechtfertigen würden.

Das gleiche Ergebnis könnte als billig empfunden werden, wenn der auszuschließende Gesellschafter die OHG dadurch zu schädigen droht, daß er einen sehr schlechten Ruf in den Kreisen der Kundschaft genießt. Ein solcher schädigender

¹⁷⁵⁾ Vergl. oben S. 72 ff.

Ruf wird sich in einer zweigliedrigen OHG meist stärker auswirken als in einer aus vielen Personen bestehenden Gesellschaft; denn im ersteren Falle wird der auszuschließende Gesellschafter eher als Geschäftsinhaber identifiziert werden.

Zu berücksichtigen ist weiter auch, daß schädigende Einflüsse eines vertragsuntreuen Gesellschafters im Rahmen der Geschäftsführung bei einer größeren OHG vielfach durch vertraglich vorgesehene Mehrheitsbeschlüsse ferngehalten werden können,¹⁷⁶⁾ während bei der zweigliedrigen OHG ein vertragstreuer Gesellschafter gegenüber der Willkür des anderen viel schutzloser sein kann. Auch hier kann daher bei sonst gleichen Verhältnissen die Ausschließung aus einer zweigliedrigen OHG begründet, die aus einer größeren Gesellschaft aber nicht gerechtfertigt sein.

Folglich kann der Übernahmegrund des § 142 nicht nur engere, sondern auch weitere Voraussetzungen haben als der Ausschließungsgrund des § 140. Es kommt eben immer nur darauf an, daß die Umstände des Einzelfalles die beantragte Maßnahme rechtfertigen. Dabei kann die verschiedenartige Struktur einer zweigliedrigen und einer größeren OHG zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der richterlichen Urteilsbildung führen.

Abschließend ist daher die eingangs des 3. Abschnitts aufgeworfene Frage, ob im Einzelfall auch eine andere als die von der h.M. geforderte Abstufung der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 vorgenommen werden kann, ohne Einschränkung zu bejahen.

176) Vergl. Hueck S. 110 ff.

Zusammenfassung und Ergebnis.

Die vorliegende Untersuchung hat zunächst den Nachweis zu erbringen versucht, daß die von der h.M. vorgeschriebene Abstufung der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 nicht allgemein gerechtfertigt ist.

Abzulehnen ist die bei der h.M. zu beobachtende Tendenz, der Gesellschaftsauflösung nach § 133 den Vorzug vor einer Gesellschafterausschließung nach §§ 140, 142 zu geben. Insbesondere läßt sich auch eine derartige Bevorzugung im Normalfall nicht mit den unterschiedlichen Folgen dieser Urteile rechtfertigen; denn die Maßnahmen der §§ 140, 142 erzielen regelmäßig kein nachteiligeres Ergebnis für alle Beteiligten als die Gesellschaftsauflösung nach § 133. Ebenso wenig ist der herrschenden Auffassung darin beizupflichten, daß die Ausschließung eines von zwei Gesellschaftern in der Regel eine noch härtere Maßnahme darstelle als die Ausschließung eines von drei oder mehr Gesellschaftern und daß deswegen allgemein höhere Anforderungen an die Voraussetzungen eines Übernahmegrundes i.S. des § 142 als an die eines Ausschließungsgrundes i.S. des § 140 zu stellen seien.

Es sind allerdings Einzelfälle möglich, in denen die von der h.M. geforderte "Rangordnung" der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 zutreffend erscheint. Auf der anderen Seite kann jedoch auch eine entgegengesetzte Abstufung der Klagegründe aus §§ 133, 140, 142 angebracht sein wie von der h.M. gefordert. Je nach den Besonderheiten des Einzelfalles können nämlich die mit der Person eines Gesellschafters verknüpften Umstände wohl dessen Ausschließung, nicht aber die Gesellschaftsauflösung nach § 133 rechtfertigen, bzw. können diese Umstände auch die Ausschließung aus einer zweigliedrigen, nicht aber die aus einer größeren OHG ermöglichen.

Ausschlaggebend ist bei dem Vergleich der drei genannten Klagegründe nur der folgende Gesichtspunkt:

Der Sinn der §§ 133, 140, 142 zielt dahin, daß der Richter bei der Prüfung des Klagegrundes die Gesamtumstände des Einzelfalles einschließlich der zu erwartenden Urteilsfolgen in einer umfassenden Würdigung berücksichtigt, um auf diese Weise zu einer billigen Entscheidung zu kommen. Da aber diese Gesamtumstände in den drei genannten Fällen jeweils verschieden gelagert sind, ist der (in der Person eines Gesellschafters liegende) "wichtige Grund" i.S. des § 133 nicht schlechthin identisch mit den Klagegründen der §§ 140, 142. Der für eine völlige Identität sprechende Gesetzeswortlaut (§§ 140, 142) darf nicht eng und schematisch ausgelegt werden. Abgesehen davon, daß eine gewisse Verhältnismäßigkeit bezüglich der Voraussetzungen der drei Klagegründe zu wahren ist und daß die richtungsweisenden Beispiele des § 133 Abs. 2 auch für §§ 140, 142 zu gelten haben, kann eine Abweichung von der in §§ 140, 142 enthaltenen gesetzlichen Verweisung stets vorgenommen werden, wenn die dadurch erzielte Entscheidung der Billigkeit entspricht.

Demnach besteht zwischen den drei genannten Klagegründen weder völlige Identität noch kann der eine als der engere, der andere als der umfassendere Begriff angesehen werden. Vielmehr sind die Klagegründe der §§ 133, 140, 142 unter Berücksichtigung ihrer verschieden gestalteten Sachverhalte individuell zu beurteilen.

Da die Möglichkeit einer solchen Differenzierung aus dem Gesetzeswortlaut selbst nicht zweifelsfrei erkennbar ist, muß die vom Gesetzgeber in §§ 140, 142 gewählte Fassung als un zweckmäßig bezeichnet werden. Geeigneter wäre eine Formulierung, durch welche dem Richter bei der Prüfung des Klagebehrens klar erkennbar ein genügender Spielraum zur Berücksichtigung sämtlicher Billigkeitselemente des konkreten Falles eingeräumt würde. Das würde am besten dadurch ermöglicht, daß - ähnlich wie in § 133 - ein "wichtiger Grund" als materiell-rechtliche Voraussetzung der beantragten Entscheidung gefordert würde. Ein gleichzeitiger Hinweis auf die in § 133

Abs. 2 enthaltenen richtungsweisenden Beispiele für einen solchen Grund erschiene zweckmäßig.

Für den Fall einer Neuregelung des HGB wird daher folgende Änderung des § 140 Abs. 1 vorgeschlagen:

"Ein Gesellschafter kann auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund für diese Maßnahme gegeben ist. § 133 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung."

Für § 142 Abs. 1 wird folgende Neufassung vorgeschlagen:

"Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann das Gericht den einen von ihnen auf seinen Antrag hin zur liquidationslosen Übernahme des Gesellschaftsunternehmens ermächtigen, wenn in der Person des anderen Gesellschafters ein wichtiger Grund für diese Maßnahme eingetreten ist. Die Vorschrift des § 133 Abs. 2 gilt entsprechend."

Solange jedoch die bisherige Fassung der §§ 140, 142 in Kraft bleibt, hat der Richter diese Vorschriften im Sinne der vorgeschlagenen Änderung auszulegen.

Lebenslauf.

Am 14. Januar 1933 wurde ich als Sohn des Elektroingenieurs Heinrich Rinsche und seiner Ehefrau Agnes, geb. Kemper, zu Hamm (Westf.) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Nachdem ich die Volksschule vier Jahre und die neunklassige Oberschule für Jungen in Hamm acht Jahre lang besucht hatte, bestand ich hier am 27. Februar 1953 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich an den Universitäten Münster und Freiburg i.Br. sieben Semester Rechtswissenschaft, davon die ersten beiden in Münster, die folgenden zwei in Freiburg i.Br. und die letzten drei Semester wieder in Münster. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 15. April 1957 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm, die zweite juristische Staatsprüfung am 19. Mai 1961 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf. Seit dem 21. Juli 1961 bin ich als Rechtsanwalt bei dem Landgericht in Dortmund und bei dem Amtsgericht in Hamm (Westf.) zugelassen.

